DIE ÖFFENTLICHRECHTLICHE KÖRPERSCHAFT.

EINE BEGRIFFSSTUDIE

INAUGURALDISSERTATION
DER JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER FRIEDRICH-ALEXANDERS-
UNIVERSITÄT ZU ERLANGEN.

VORGELEGT VON
HANS SCHULER AUS MÜNCHEN
RECHTSPRAKTIKANT AM KGL. LANDGERICHT
MÜNCHEN I.

APPROBIERT AM 7. MAI 1908.

MÜNCHEN
DR. WILD'SCHE BUCHDRUCKEREI GEBR. PARCUS
1908.

214

DIE ÖFFENTLICHRECHTLICHE KÖRPERSCHAFT.

EINE BEGRIFFSSTUDIE.

INAUGURALDISSERTATION
DER JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER FRIEDRICH-ALEXANDERS-
UNIVERSITÄT ZU ERLANGEN.

VORGELEGT VON

HANS SCHULER AUS MÜNCHEN
RECHTSPRAKTIKANT AM KGL. LANDGERICHT
MÜNCHEN I.

ACAD. LIBR. BIBL.

APPROBIERT AM 7. MAI 1908.

MÜNCHEN
DR. WILD'SCHE BUCHDRUCKEREI GEBR. PARCUS
1908.

REFERENT:

UNIVERSITÄTS-PROFESSOR DR RIEKER.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

§ 1. Begrenzung des Themas. Öffentlichrechtliche Genossenschaften.
§ 2. Bedeutung der öffentlichrechtlichen Körperschaft für das positive Recht.
§ 3. Reichsrecht und Landesrecht.
§ 4. Systematik.

Erster, kritischer Teil.

Würdigung und Ablehnung einzelner Theorien:

I. Der öffentlichen Körperschaft sollen besondere Mittel zur Erreichung ihrer Zwecke zu Gebote stehen.
§ 5. A. Die diese Mittel nicht näher bezeichnende Theorie.
B. Die Ansichten, nach denen bestimmte Mittel ausschlaggebend sind, nämlich
1. das Expansionsprinzip und zwar
§ 6. a) das Beitrittsrecht (Jhering),
§ 7. b) die Beitrittspflicht.
2. Die besonderen Beziehungen zum Staat und zwar:
§ 8. a) die Privilegierung und besondere Beaufsichtigung der Körperschaft,
§ 9. b) die öffentlichrechtliche Pflicht der Körperschaft zur Zweckerfüllung (Rosin),
§ 10. c) die Übertragung obrigkeitlicher Gewalt auf die Körperschaft,
§ 11. d) die Einfügung der Körperschaft in den Staatsorganismus.
§ 12. II. Die besonderen Zwecke sollen über den öffentlichen Charakter einer Körperschaft entscheiden.

Zweiter, positiver Teil.

III. Zweckanerkennungstheorie.

§ 13. 1. Positive Begriffsbestimmung.
§ 14. 2. Auslegungsregeln.
§ 15. Schluß. Unzweckmäßigkeit des Begriffes. Bornhak.

Literaturübersicht.

v. Amira, Tierstrafen und Tierprozesse. Mitteilungen des Institutes für österreichische Geschichtsforschung, Bd. XII, Innsbruck 1891.

Bähr, Der Rechtsstaat, Kassel und Göttingen 1864.

Becher, Materialien zum AG. des BGB. IV/V., Bd. I u. II, München 1899.

Bernatzik, Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person. Archiv für öffentliches Recht V, Freiburg 1890.

Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. I u. II, Gotha 1877.

Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, Leipzig 1907.

Bluntschli, Staatswörterbuch, Bd. VI, Stuttgart und Berlin 1861.

Bornhak, Verwaltungsarchiv, Bd. VIII, Berlin 1900.

Bornhak, Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. XXXIX, Stuttgart 1900.

Brunner, Absichtslose Missetat im alten deutschen Strafrecht. Sitzungsbericht der Berliner Akademie (1890), Bd. XXXVIII, Berlin.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen-Leipzig 1900.

Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Halle 1906.

Ducrocq, cours de droit administratif. 6. ed. 1881—1886, Paris.

Eccius-Förster, Lehrbuch des preußischen Privatrechtes, 7. Aufl., Berlin 1896.

Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach bürgerlichem Recht, Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des BGB., 6. Aufl., Berlin.

Festus, de significatione verborum liber XIV. ed. Lindemann, Leipzig 1832.

Forcellini, totius latinitatis Lexicon, 4. Aufl., Prati 1858—1860.

Friedberg, Das evangelische Verfassungsrecht, Leipzig 1888.

Friedberg, Lehrbuch des Kirchenrechtes, 5. Aufl., Leipzig 1903.

Gierke, Humor im deutschen Recht, Berlin 1871.

Gierke, Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung, Berlin 1887.

Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. I, II u. III, Berlin 1868—1881.

Gierke, Deutsches Privatrecht in Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft II, III, 1, Leipzig 1895.

Golther, Der Staat und die katholische Kirche im Königreich Württemberg, Stuttgart 1874.

Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, Bd. I u. II, Leipzig 1899. 4. Ausgabe.

Haenel, Deutsches Staatsrecht. Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft V, 1. I., Leipzig 1892.

Hatschek, Die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung, Leipzig 1898.

Herrmann, Die Stellung der Religionsgemeinschaften im Staat, Göttingen 1849.

Heumann, Lexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9. Aufl., Jena 1907.

Hinschius, Allgemeine Darstellung der Verhältnisse von Staat und Kirche. Marquardsen, Handbuch des öffentlichen Rechtes der Gegenwart, I. 1., Freiburg 1887.

Hölder, Pandecten, Freiburg 1891.

Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB., München 1900.

Hölder, Über das Wesen juristischer Personen. Rede anläßlich der Übernahme des Protektorates der Universität Erlangen, 1886.

Hölder, Natürliche und juristische Personen, Leipzig 1905.

Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg 1892.

Jellinek, Allgemeine Staatslehre. Recht des modernen Staates, Bd. I, Berlin 1900.

Jhering, Zweck im Recht, Bd. I u. II, 3. Aufl., Leipzig 1893.

Kahl, Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik, 8. Aufl., Leipzig 1886.

Klotz, Lateinisches Lexikon, Braunschweig 1857.

Krais, Kritische Vierteljahrschrift, 3. Folge, Bd. VI, München 1900.

Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 3. Aufl., Freiburg und Leipzig 1895.

Loening, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes, Leipzig 1884.

E. Mayer, Kritik zu Stengels Organisation der Verwaltung, Kritische Vierteljahrschrift, neue Folge, Bd. VII. München 1884.

E. Mayer, Kritische Vierteljahrschrift, Bd. XXVIII, neue Folge Bd. IX, München 1886.

E. Mayer, Kirchenhoheitsrechte des bayerischen Königs, München 1884.

F. F. Mayer, Grundzüge des Verwaltungsrechtes und Verwaltungsrechtsverfahrens, Tübingen 1862.

Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht in Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Leipzig 1896.

Menzel, Das Recht der Arbeiterversicherung. Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, Bd. XVIII, Wien 1891.

Meurer, Bayerisches Kirchenvermögensrecht, Bd. I u. II, Stuttgart 1899 und 1901.

Meurer, Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht, Stuttgart 1901.

G. Meyer, Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. XXXIII, Stuttgart 1899.

G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes, 2. Aufl., Leipzig 1893.

Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. II, Tübingen 1862.

Oertmann, Bayerisches Landesprivatrecht, Halle 1903.

Oertmann, Kommentar zum BGB., Allgemeiner Teil, Berlin 1908.

Osenbrüggen, Studien zur deutschen und schweizerischen Rechtsgeschichte, Schaffhausen 1868.

Parisius-Crüger, Kommentar zum RG. betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften in der Fassung vom 20. Mai 1898, 3. Aufl., Berlin 1899.

Pfeifer, Lehre von den juristischen Personen, Tübingen 1847.

Pözl, Lehrbuch des bayerischen Verfassungsrechts, 5. Aufl., München 1877.

Prazák, Die prinzipielle Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden. Arch. f. öffentl. Recht, Bd. IV, Freiburg 1889.

Preuß, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietkörperschaften, Berlin 1889.

Protokolle zum BGB., Ausgabe von Achilles, Berlin 1897.

Regelsberger, Pandecten in Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft I. VII. 1. Leipzig 1893.

Rehbein, Kommentar zum BGB., Berlin 1899.

Rehm, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht (Münchener Diss.), München-Leipzig 1885.

Rehm, Allgemeine Staatslehre in Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechtes, 2. Aufl. I, 1., Freiburg 1899.

Richter, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechtes in der Bearbeitung von Dove, 8. Aufl., Leipzig 1886.

Roesler, Deutsches Verwaltungsrecht, Erlangen 1872.

Rosin, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, Freiburg 1886.

Rosin Souveränetät, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung. Begriffsstudien in den Annalen des Deutschen Reiches (Jahrg. 1883), München.

Roth, Deutsches Privatrecht, Tübingen 1880.

Sartorius, Die staatliche Verwaltungsgerichtsbarkeit auf dem Gebiete des Kirchenrechtes, München 1891.

Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht in Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechtes I, 2., Freiburg und Tübingen 1884.

Savigny, System des römischen Rechtes, Berlin 1840.

Schepp, Das öffentliche Recht im BGB., Freiburg 1899.

Schulte, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechtes 4. Aufl., Gießen 1886.

Schulze, Das Staatsrecht des Königreichs Preußen in Marquardsens Handbuch II, 2, Freiburg und Tübingen 1884.

Seydel, Gewerbepolizeirecht nach RGO. Annalen des Deutschen Reichs, Jahrg. 1881, München.

Seydel, Bayerisches Staatsrecht. 1. Aufl., Freiburg 1890. 2. Aufl. Freiburg-Leipzig 1896.

Sohm, Das Verhältnis von Staat und Kirche, Zeitschrift für Kirchenrecht, Bd. XI, Tübingen 1873.
Spohn, Badisches Staatskirchenrecht, Karlsruhe 1868.
Staudinger, Kommentar zum BGB., 3. u. 4. Aufl., München 1907.
Staudinger, Vorträge aus dem Gebiete des BGB. für Verwaltungsbeamte, München 1900.
Stengel, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes, Stuttgart 1886.
Stengel, Die Organisation der preußischen Verwaltung, Leipzig 1884.
Stengel, Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechtes, Freiburg 1890.
Stintzing, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. LXXXVIII, Heidelberg 1898.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechtes, 3. Aufl., Berlin 1896.
Tezner, Besprechung von Jellineks System der subjektiven öffentlichen Rechte. Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, Bd. XXI, Jahrg. 1893, Wien.
Ulbrich, Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrechtes, Wien 1903.
Wolff, Der Staat und die öffentlichrechtlichen Korporationen (Erl. Dissertation 1897).
Zeller, Staat und Kirche, Leipzig 1873.
Zitelmann, Begriff und Wesen der juristischen Person, Leipzig 1873.
Zorn, Lehrbuch des Kirchenrechtes, Stuttgart 1888.
Zorn, Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. XXXI, München 1889.
Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen, Leipzig.
Mugdan u. Falkmann, Die Rechtssprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechtes.
Entscheidungen des bayerischen Verwaltungsgerichtshofes. Offizielle Sammlung, München.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542703_0068

Einleitung.

§ 1.

Begrenzung des Themas. Öffentlichrechtliche Genossenschaften.

Der juristische Begriff „Person“ umfaßt alles, was von der Rechtsordnung mit Persönlichkeit, d. h. der Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben, ausgestattet ist. Wem diese Fähigkeit zukommt, bestimmt scheinbar willkürlich das geltende Recht, tatsächlich ist es das notwendige Ergebnis des gesamten Innen- und Außenlebens eines Volkes.

Nach Zeit und Ort verschieden, kann das Gesetz lediglich einige Menschen als Rechtssubjekte anerkennen (Zeit der Sklaverei) oder alle Menschen (seit Aufhebung der Sklaverei). Es kann daneben auch noch Personenmehrheiten rechtlich als Einheiten betrachten (Korporationen), ja sogar Tieren (1.) und einzelnen Vermögensgegenständen (2.) Persönlichkeit beilegen.

Unter „juristischen Personen“ versteht man herkömmlicher Weise nur die mit Persönlichkeit begabten nichtphysischen Personen, obwohl auch die „natürlichen Personen“ insofern „juristisch“ sind, als auch sie ihre Rechtsfähigkeit nur aus der Anerkennung durch das positive Recht schöpfen (3.).

Die Scheidung in öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Körperschaften hat sich Gesetzgebung, Rechtssprechung und Wissenschaft zu eigen gemacht; darüber jedoch, woran man die Zugehörigkeit zur einen oder anderen Klasse erkennen könne, tobt heftiger Streit. Die hierüber bestehenden Ansichten zu sammeln und zu sichten, um, auf dieses Material gestützt, selbst Stellung nehmen zu können, soll in folgendem unter ausschließlicher Berücksichtigung der öffentlichrechtlichen Genossenschaften unternommen werden.

Unter Genossenschaften verstehen wir hiebei im Anschluß an Rosin (4.) und andere (5.) die mit Persönlichkeit ausgestatteten Personenverbände unter Ausschluß der Gebietskörperschaften. Somit liegen Personenverbände ohne Persönlichkeit (Gesellschaften), Persönlichkeiten ohne Personenverband (physische Personen und Anstalten), endlich die politischen Verbände (Staat und Kommunalverbände jeder Art) außerhalb des Rahmens unserer Darstellung.

Diese Beschränkung dürfte auf den ersten Blick als rein willkürliche, innerlich nicht begründete, keinesfalls wenigstens gebotene Einengung und somit als wissenschaftlich angreifbar erscheinen; denn das für den öffentlich-rechtlichen Charakter entscheidende Moment muß bei allen Rechtssubjekten das gleiche sein. Da indes durch die oben ausgeschlossenen Rechtsgebilde keine wesentliche Förderung unserer Aufgabe zu erwarten, lediglich eine nutzlose räumliche Erweiterung zu befürchten ist, dürfte ihre Nichtberücksichtigung zweckmäßig und hinlänglich gerechtfertigt sein.

Wer bei einer Betrachtung öffentlich-rechtlicher Korporationen dem Staat und den Kommunalverbänden, den öffentlichen Körperschaften κατ' ἐξοχήν, die wissenschaftliche Bedeutung abspricht, schuldet hiefür eine kurze Erklärung. Hier handelt es sich nämlich nur um die Grenzziehung zwischen privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Körperschaften, um ein iudicium finium regundorum, bei dem naturgemäß nur die streitigen Gebiete von Interesse sind, nicht aber rechtliche Gebilde, wie Staat und Kommunalverbände, die unbestritten und unbestreitbar der e i n e n der beiden Kategorien angehören.

Da aber andererseits die obige Beschränkung nur Zweckmäßigkeitserwägungen entspringt, wurde das Übergehen auf die anderen Rechtsinstitute, namentlich auf die Anstalten, nicht gescheut, wenn der Grund der Beschränkung, das mangelnde wissenschaftliche Interesse, wegfiel.

So wurde die Kirche, ohne daß dadurch Stellung zur Streitfrage über deren Korporationsqualität genommen werden sollte, in die Darstellung mit hereingezogen, weil ihre gesetzliche Regelung

und die hieran anknüpfende wissenschaftliche Literatur zur Klärung unserer Frage beizutragen geeignet schien.

Der Begriff öffentliche und öffentlichrechtliche Körperschaften wurde, dies sei, um Mißverständnissen vorzubeugen, vorausgeschickt, nach dem Vorbilde Rosins synonym gebraucht. Namentlich angesichts der im bayerischen Landesrecht üblichen Scheidung in öffentliche Stiftungen und Stiftungen des öffentlichen Rechtes (6.) scheint dieser Hinweis angebracht.

Nur die Stiftungen des öffentlichen Rechts entsprechen unserem Begriff der öffentlichen Körperschaft (7.) bloß sie fallen mit unseren Körperschaften unter den gemeinschaftlichen Begriff der öffentlichrechtlichen juristischen Person.

§ 2.

Bedeutung der öffentlichrechtlichen Körperschaft für das positive Recht.

Um die praktische Bedeutung unserer Frage würdigen zu können, ist ein kurzer Überblick über die hauptsächlichsten Fälle geboten, in welchen das Gesetz sich unseres Begriffes bedient. Scheiden wir hiebei Staats- und Verwaltungsrecht, dem das Thema ex professo angehört, aus, so ergibt sich etwa folgende Zusammenstellung:

A. Materielles Recht.

1. Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht, von mehreren Bestimmungen seines Einführungsgesetzes (1.) abgesehen, in seinem Titel über „Juristische Personen" unter III. von solchen des öffentlichen Rechts, nachdem es unter I. die Vereine und unter II. die Stiftungen behandelt hat.

Darnach sollen auf „Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts" (2.) nur zwei seiner Vorschriften Anwendung finden; es soll nämlich einerseits auch die öffentlichrechtliche Körperschaft für den von ihren verfassungsmäßigen Vertretern angerichteten Schaden haften und andererseits auch

ihrem Vorstand bei Überschuldung die Pflicht zur Konkurseröffnung obliegen.

Im übrigen nimmt es diese Körperschaften von seinem Geltungsbereich aus.

Dies übersieht Hölder, wenn er in seinem Kommentar (3.) den Begriff der öffentlichen Körperschaft als für das BGB. belanglos hinstellt, weil dieses nur ihre Gleichstellung mit den privaten Körperschaften anordne.

2. Beim Handelsrecht und den handelsrechtlichen Nebengesetzen sei insbesondere der § 180,2 HGB. erwähnt, der die Ausgabe von Kleinaktien gestattet, wenn eine öffentlichrechtliche Körperschaft für ihre Güte bürgt; ferner sei auf die §§ 41 und 42 des Hypothekenbankgesetzes vom 13. Juli 1899 hingewiesen.

Unhaltbar ist dagegen die Ansicht (4.), daß alle Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften öffentliche Körperschaften seien.

3. Die Konkursordnung gewährt in ihrem § 61, 1 Ziff. 3 den öffentlichrechtlichen Körperschaften ein Befriedigungsvorrecht.

4. Im bayerischen Landeszivilrecht kommen namentlich zahlreiche Bestimmungen der Ausführungsgesetzgebung in Betracht, so unter anderem AG. BGB. Art. 49—57, 89, 126.

5. Inwieferne das Strafrecht namentlich in seinen Bestimmungen über Urkundenfälschung und Beamtendelikte von unserem Begriff getroffen wird, zeigen die späteren Ausführungen.

B. Prozeßrecht.

1. Für das Zivilprozeßrecht sind zwei Fragen von besonderer Bedeutung.

Sind die von Organen öffentlicher Körperschaften ausgestellten Urkunden „öffentlich“ im Sinne des § 415 ZPO. und sind von solchen Körperschaften bestellte Sachverständige zur Erstattung von Gutachten gemäß § 407 ZPO. verpflichtet?

Ferner seien die §§ 4 und 15 Ziff. 3 des Einführungsgesetzes, der § 1006 III der ZPO. und die Art. 9, 10 und 29 des bayerischen Ausführungsgesetzes zur Zivilprozeßordnung erwähnt.

2. Für die Sachverständigen des Strafprozesses gilt das für den Zivilprozeß Gesagte (5.). Ferner sind die Bestimmungen des bayerischen AG. zur StPO. Art. 112 und 114 zu beachten.

3. Auch in der Verwaltungsrechtspflege spielt der Begriff der öffentlichen Körperschaft eine Rolle (vergl. Art. 10,1 Ziff. 5 und 6 des Verwaltungsgerichtshofgesetzes vom 8. August 1878).

Doch noch weitere wichtige Fragen tauchen auf.

Sind die Leistungen an solche Körperschaften „öffentliche Abgaben" (6.) und „öffentliche Lasten"? (7.). Sind ihre Angestellten „Beamte" oder sogar „öffentliche Beamte", die „in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt" (8.) handeln? Ist ihre Pflicht eine „Amtspflicht"? (9.). Sind die Kassen dieser Körperschaften „öffentliche Kassen"? (10.).

Diese und ähnliche Fragen beantworten, hieße vom Thema abirren. Hier gilt es lediglich— die Bejahung obiger Fragen hypothetisch vorausgesetzt — den Kreis der Körperschaften zu umgrenzen, welche für ihre Organe, Kassen, Handlungen und Forderungen den bezeichneten Charakter in Anspruch nehmen können.

§ 3.

Reichsrecht und Landesrecht.

Vor dem Eintritt in die Besprechung der einzelnen Theorien soll vorbeugend einem Irrtum entgegengetreten werden.

Das öffentliche Recht — und diesem gehört unsere Betrachtung an — ist zum größten Teile Landesrecht. Die Möglichkeit reichsrechtlicher Regelung besteht nur für bestimmte erschöpfend aufgezählte Rechtsgebiete (1.).

Da nun über den öffentlichen Charakter, wie noch später darzulegen ist, die gesamte gesetzliche Regelung entscheidet, so haben die Landesgesetze insofern einen großen Einfluß, als sich

die Frage, ob ein Rechtsinstitut die der öffentlichen Körperschaft begriffsnotwendigen Merkmale aufweist, in den meisten Fällen nach Landesrecht beantwortet.

Unrichtig wäre es aber, noch einen Schritt weiter zu gehen und den B e g r i f f der öffentlichen Körperschaft aus dem Landesrecht ableiten, die abstrakte Frage nach der für diese Körperschaft charakteristischen juristischen Gestaltung nach Landesrecht beantworten zu wollen. Folgerichtig hätte sonst jeder Einzelstaat sein eigenes Kriterium und außerdem gäbe es noch ein weiteres reichsrechtliches Kriterium für den Bereich der Reichsgesetze. Wäre aber trotzdem in mehreren oder sogar allen Rechtsgebieten der Begriff ein einheitlicher, so wäre dies Zufall, nicht innerliche Notwendigkeit.

Abgesehen von der grenzenlosen Zersplitterung und Zerfahrenheit, welche die verhängnisvolle Folge dieser Annahme wäre, könnte man mit dem gleichen Recht bei jedem öffentlichrechtlichen Begriff die territoriale Rechtsverschiedenheit geltend machen.

Mit dem gleichen Recht könnte man zum Beispiel sagen: Der Charakter des öffentlichen Rechts im Gegensatz zum Privatrecht richtet sich nach dem Landesrecht der Einzelstaaten, der Begriff der Verwaltung ist in den einzelnen Staaten verschieden usw., ein gefährliches Treiben, welches jede über die Grenzen e i n e s Territoriums hinausgreifende Wissenschaft des öffentlichen Rechts lahm legen würde.

Wissenschaftliche, theoretische Begriffe stehen außerhalb der einzelnen Rechtsordnungen, sind nicht nach Territorien und momentan geltenden Gesetzen verschieden. Sie bestehen ohne Rücksicht auf Ort und Zeit, sie können sich zwar ändern, aber immer nur durch wissenschaftliche Um- und Fortbildung, nicht werden sie vom Wechsel der Gesetze berührt. Daß aber der Begriff und die begriffebildende Wissenschaft auf dem positiven Recht fußen muß, versteht sich von selbst.

Die Rechtsordnung hat darum auch nicht die Macht, den rechtlichen Charakter eines Institutes authentisch zu bestimmen, dies überschreitet ihre Kompetenz. Ist dies dennoch geschehen

und deckt sich die gesetzliche Qualifikation nicht mit dem wissenschaftlichen Begriff, so folgt daraus nicht, daß der Begriff entsprechend modifiziert werden müsse, sondern daß im Gesetz das Verhältnis juristisch falsch beurteilt ist. Ist etwa die Streitfrage, ob der Gerichtsvollzieher Parteibeauftragter ist, dadurch endgültig entschieden, daß die Zivilprozeßordnung (2.) diesen Ausdruck gebraucht?

Das Kriterium der öffentlichen Körperschaften ist also ein einheitliches, einheitlich für die einzelnen Landesrechte, einheitlich für Landesrecht und Reichsrecht.

Die Verschiedenheit des Rechtes äußert sich vielmehr nur insofern, als dieses darüber entscheidet, ob eine Körperschaft das Kriterium unseres Begriffes aufweise, diesem subsumierbar sei. Erst hiedurch verzweigt sich das Recht der Einzelstaaten. Der K r e i s der öffentlichen Körperschaft ist daher in den einzelnen Territorien verschieden, der B e g r i f f ist in allen der gleiche. (3.)

So setzt auch das BGB. den Begriff als einen für sein ganzes Geltungsgebiet einheitlichen voraus. Dies und offenbar das dringende praktische Bedürfnis hat Meurer (4.) veranlaßt, die von ihm aufgeworfene Frage, ob sich der Charakter der Öffentlichkeit nach Landesrecht oder Reichsrecht bestimme, im letzteren Sinne zu beantworten.

§ 4.

Systematik.

Rosin stellt in seiner kritischen Betrachtung (1.) die einzelnen Meinungen, ohne Gruppierung nach größeren Gesichtspunkten, aufzählend nebeneinander. Nur drei Theorien, nämlich die des Beitrittzwanges, die des Beitrittrechtes und die eine gewisse obrigkeitliche Gewalt der Körperschaft gegenüber ihren Mitgliedern betonende Ansicht faßt er unter dem gemeinschaftlichen Gesichtspunkt der Beziehungen zwischen Körperschaft und Mitgliedern zusammen; in diesen drei Fällen soll also das Sozialrecht, um mit Gierke zu reden, entscheidend sein.

Diese Subsumption hält aber einer eingehenden Kritik nicht stand. Beitrittszwang und Aufnahmezwang sind nur solange von praktischer Bedeutung, als jemand noch nicht Mitglied einer Genossenschaft ist. Beitrittszwang ist das Recht der Körperschaft, von einem Nichtmitglied den Beitritt, Beitrittsrecht das Recht eines Nichtmitgliedes, von der Körperschaft seine Aufnahme erzwingen zu können. In beiden Fällen handelt es sich also um Beziehungen zu Nichtmitgliedern.

Zweifellos dem Sozialrecht gehört die obrigkeitliche Gewalt der Genossenschaft über ihre Mitglieder an. Es frägt sich nur, ob diese Beschränkung auf innergenossenschaftliche Verhältnisse gerechtfertigt sei?

Gegen sie spricht schon der äußerliche Grund, daß viele Autoren obrigkeitliche Befugnisse, mögen sie sich gegen Mitglieder oder Nichtmitglieder richten, als Charakteristikum öffentlicher Körperschaften ansprechen. Hält man an Rosins Einschränkung fest, so muß man für ihre Anschauung eine eigene zweite Gruppe bilden, bei deren Kritik jedoch nur das für die erste Gesagte wiederholt werden könnte.

Aber auch innerlich ist diese Beschränkung keineswegs berechtigt. Warum sollte obrigkeitliche Gewalt gegenüber den Mitgliedern eine Körperschaft zur öffentlichrechtlichen machen, obrigkeitliche Gewalt gegen Nichtmitglieder, eine bedeutend weitergehende Befugnis, öffentlichen Charakter zu verleihen nicht imstande sein?

Wegen dieser prinzipiellen Bedenken können wir also Rosins Systematik nicht übernehmen, sondern werden der kritischen Besprechung der einzelnen Theorien eine andere Einteilung zugrunde legen.

Zwei einschneidende Grundgedanken durchziehen die Lehre vom Begriff der öffentlichen Körperschaft. Entweder man läßt die von der Rechtsordnung der Körperschaft gewährten Mittel zur Erreichung ihrer Zwecke oder man läßt diese Zwecke selbst den öffentlichrechtlichen Charakter bestimmen. Im ersteren Fall entscheiden die Beziehungen der Körperschaft zum Staat,

im letzteren das Interesse des Staates an den von der Körperschaft verfolgten Zwecken.

Beziehungen zum Staate finden sich freilich bei der privaten wie bei der öffentlichen Körperschaft. Auch Privatkörperschaften gegenüber hat beispielsweise der Staat unter Umständen das Recht der Genehmigung beziehungsweise Untersagung (2.), der Schließung (3.), der Bestellung von Vertretern (4.), der Ermächtigung zur Berufung einer Mitgliederversammlung (5.), der Abänderung satzungswidriger Beschlüsse (6.). Die Tatsache des Bestehens solcher Beziehungen kann also für den öffentlichrechtlichen Charakter einer Körperschaft nicht ausschlaggebend sein, höchstens ihr Inhalt kann hierüber entscheiden.

Ebensowenig sind die Zwecke einer privaten von denen einer öffentlichen Korporation von Grund aus verschieden. Die Zwecke vieler Privatvereine sind von erheblichem öffentlichen Interesse und die Zwecke vielleicht aller öffentlichen Körperschaften dienen zugleich dem privaten Vorteil ihrer Mitglieder.

Der Unterschied zwischen privater und öffentlicher Körperschaft ist also auf alle Fälle niemals ein qualitativer, immer nur ein quantitativer. Die Intimität der Beziehungen zwischen Körperschaft und Staat steigert sich in ununterbrochener Progression. Trotz dieser Relativität unseres Begriffes, trotz dieses steten Ineinanderfließens eine sichere Grenze zu ziehen, ist das Schwierige unserer Aufgabe.

Die Zwecke, die, wie gesagt, von vielen als der öffentlichen Körperschaft charakteristisch aufgefaßt werden (II. der Abhandlung), dulden keine weitere Gliederung mehr, wohl aber lassen die Mittel, welche die Rechtsordnung der Körperschaft zur Zweckerfüllung an die Hand gibt (I. der Abhandlung), eine Zerlegung nach ihrem Inhalt zu. Von einigen Autoren geschieht diese Spezialisierung nicht (A der Abhandlung), von anderen wird sie vorgenommen und der Begriff auf einzelne gesetzliche Merkmale abgestellt (B der Abhandlung). Als solche werden hervorgehoben und später eingehend zu besprechen sein:

1. Das auf dem Verhältnis der Körperschaft zu Dritten beruhende Expansionsprinzip, nämlich

a) das Beitrittsrecht,

b) der Beitrittszwang.

2. Die inhaltlichen Scheidungen, welche die Beziehungen zwischen Staat und Körperschaft zulassen, und zwar:

a) die staatliche Privilegierung und besondere Beaufsichtigung,

b) die der Körperschaft obliegende Zweckerfüllungspflicht,

c) die Übertragung obrigkeitlicher Gewalt, und endlich

d) die Einfügung der Körperschaft in den Staatsorganismus.

Eine dritte Ansicht (III. der Abhandlung), als deren Anhänger wir uns bekennen werden, geht von der Erwägung aus, daß weder Mittel noch Zweck einseitig betont werden dürfe, daß vielmehr beides in seinem Ineinandergreifen zu berücksichtigen sei. Nicht die Gemeinnützigkeit des Zweckes soll ohne weiteres entscheiden, sondern die Anerkennung der Gemeinnützigkeit des Zweckes durch den Staat. Diese Anerkennung soll aber wieder bloß aus den rechtlichen Beziehungen des Staates zur Körperschaft, aus der exempten gesetzlichen Regelung gefolgert werden können. Diese Zweckanerkennungstheorie, wie wir sie nennen werden, vermeidet Einseitigkeiten, ohne sich jedoch, wie die Besprechung zeigen soll, den Vorwurf eines Kompromisses gefallen lassen zu müssen.

Erster, kritischer Teil.

Würdigung und Ablehnung einzelner Theorien.

I. Der öffentlichen Körperschaft sollen besondere Mittel zur Erreichung ihrer Zwecke zu Gebote stehen.

A. Die diese Mittel nicht näher bezeichnende Theorie.

§ 5.

Bevor wir nach dem Inhalt der Exemptionen geschieden die einzelnen speziellen Theorien würdigen, sei die Ansicht derer erwähnt (1.), die ganz allgemein und unbestimmt die besondere Regelung der körperschaftlichen Verhältnisse als Kriterium öffentlicher Korporationen ansprechen wollen, ohne darzutun, worin diese besondere Regelung bestehen soll, und dadurch zu Anhängern einer der später zu besprechenden Theorien zu werden. Hierher gehören vor allem diejenigen, nach denen die Lebensverhältnisse der öffentlichen Körperschaften im öffentlichen Recht geregelt sind.

Ganz davon abgesehen, daß der Begriff des öffentlichen Rechtes so bestritten und so wenig geklärt ist (2.), daß von dieser Definition praktische Resultate nicht zu erhoffen sind, kommt man dadurch auf eine Gleichung mit gleichen Größen. Man sagt, ohne etwas zu erklären, nur, daß eine öffentlichrechtliche Körperschaft eine öffentlichrechtliche Körperschaft sei.

Im einzelnen bedarf diese Ansicht keiner besonderen Kritik. Es kann statt dessen auf die folgenden Einzelbesprechungen verwiesen werden; denn alle zwischen Körperschaft und Staat denkbaren besonderen Beziehungen müssen auch einem der folgenden speziellen Tatbestände subsumierbar sein. Diese Beziehungen können in der Statuierung eines Beitrittsrechtes oder einer Beitrittspflicht bestehen, sie können die Körperschaft begünstigen

(Privilegien) oder beschweren (besondere Aufsicht), sie können ihr öffentliche Rechte oder öffentliche Pflichten übertragen. Weitere Möglichkeiten gibt es nicht.

Zur Ermittelung, welche der nachfolgenden Beurteilungen im Einzelfall zutrifft, muß man sich freilich der Mühe unterziehen, die durch die besondere gesetzliche Regelung geschaffenen besonderen Verhältnisse nach ihrem Inhalt in die von uns unterschiedenen Kategorien einzuordnen.

B. Ansichten, nach denen bestimmte Mittel ausschlaggebend sind.

1. Das Expansionsprinzip als Charakteristikum der öffentlichen Körperschaft.

a) Beitrittsrecht.

§ 6.

„Öffentlich heißt, was offen ist: ein öffentlicher Garten, Fluß, Platz, Theater, Lokal, eine öffentliche Schule, Vorlesung, Versammlung ist für jeden offen, jedem steht der Zutritt frei; ob unentgeltlich oder gegen Entrichtung einer Vergütung kommt für den Begriff nicht in Betracht. Die Römer entnehmen die Bezeichnung des Begriffes dem Wort populus; populicum, publicum ist, was für alle, für das Volk bestimmt ist, das heißt allen offen steht.

Den Gegensatz des Offenen bildet das Geschlossene, Gesperrte, den des publicum das privatum, proprium (quod pro privo est, d. h. was für den Einzelnen bestimmt ist), das, was jeder für sich allein hat und von dem er mithin jeden anderen ausschließt.“

Nach diesen Worten Iherings (1.) entscheidet das Beitrittsrecht über den öffentlichen Charakter einer Körperschaft.

Seine geistreichen Ausführungen haben jedoch als praktisch absolut unverwertbar keinen Anklang gefunden (2.).

Mag auch das Öffentliche meist allen offen sein, so ist es doch wohl eine Überspannung der Wortvergleichung, eben hierin das Wesen des Öffentlichrechtlichen zu suchen. Ein Schank-

lokal, von einem Privatmann unter dem Gesichtspunkt größtmöglichen Gewinnes betrieben, ist doch nicht deshalb eine öffentliche Einrichtung im Rechtssinn, weil der Unternehmer unter Androhung einer Geldstrafe (3.) verpflichtet ist, jedem, gegen den kein besonderer Grund vorliegt, den Zutritt zu gestatten. Das Lokal ist zwar allen offen, aber nicht „öffentlich".

Umgekehrt kann etwas „öffentlich", aber nicht allen offen sein. Als Beispiel diene das öffentliche Amt.

Zunächst ist zweifelhaft, ob das Amt dann nach Ihering allen offen ist, wenn für jeden die Anstellungsmöglichkeit besteht, oder, was wohl seiner Auffassung näher kommt, dann, wenn jeder zur Besorgung seiner Angelegenheiten die Tätigkeit des Amtes in Anspruch nehmen kann.

Keine der beiden Auslegungsmöglichkeiten entspricht den Tatsachen. Im ersteren Falle hätte, solange nur Angehörigen eines bestimmten Standes Ämter zugänglich waren, dem Amt der offentliche Charakter gefehlt, eine Annahme, die jeglicher Begründung entbehrt. Gegen die zweite Auffassung spricht, daß es zahlreiche öffentliche Ämter gibt, die ausschließlich für bestimmte Personen oder Personenkreise geschaffen sind.

Ihering meint nun freilich auch nicht, daß eine öffentliche Körperschaft jeden bedingungslos aufnehmen müsse, sondern gestattet, die Korporationszugehörigkeit von gewissen Voraussetzungen z. B. der Entrichtung einer Gebühr (4.) abhängig zu machen. Wie weit sich aber solche Bedingungen mit dem Charakter der Öffentlichkeit vertragen, ist der wunde Punkt in Iherings Theorie.

Er kann nicht Bedingungen nur so weit für zulässig halten, als jeder sie tatsächlich zu erfüllen imstande ist, denn schon das Entrichten einer einigermaßen beträchtlichen Gebühr ist vielen unmöglich.

Es soll also wohl jeder — wenigstens theoretisch — in der Lage sein, den Bedingungen zu genügen.

Dies ist aber nur dann der Fall, wenn die Voraussetzungen sich bloß auf seine eigene Person, auf sein eigenes Wollen und Können beziehen und von der Willkür dritter Personen unab-

hängig sind. Ist ihm dann seine Aufnahme durch Gesetz garantiert, so ist Iherings Kriterium sicherlich erfüllt.

Zweifelhaft sind dagegen die Fälle, in welchen nicht durch das neutrale Gesetz, sondern durch die vom Willen der Körperschaft abhängige Satzung bestimmte, in der Person des Beitrittswilligen liegende Anforderungen aufgestellt sind. Ihering würde diese Vereine wohl nicht hierher zählen, weil immerhin die Satzung eine dem Einwirken des Beitretenden entzogene Korporationsangelegenheit ist.

Tatsächlich findet sich aber bei Körperschaften, die wir zu den öffentlichen rechnen müssen, oft bloß diese Art von Beitrittsrecht.

Die Kirche als Körperschaft aufgefaßt, so bestimmt z. B. nur der immanente Korporationswille, als Stiftung betrachtet, ausschließlich der transzendentale Stiftungswille die Voraussetzungen der Aufnahme und gestattet jedem den Beitritt. Kraft Gesetzes steht niemand das Recht zu, seine Aufnahme zu erzwingen.

Auch bei den Innungen darf nur solchen „Gewerbetreibenden, welche den gesetzlichen und statutarischen Anforderungen entsprechen, die Aufnahme nicht versagt werden" (§ 87 GO.). Ja selbst der Beitrittszwang beruht bei ihnen für einen Teil der Personen nur auf Statut (§ 100 f. 2 GO.). Ähnlich wird bei der Arbeiterversicherung der Umfang des Versicherungsrechtes vielfach durch die Satzung der Versicherungsverbände bestimmt (5.).

Die Annahme aber, daß schon das durch die Satzung gewährte Recht zum Beitritt öffentlichen Charakter zu verleihen hinreicht, würde zu unannehmbaren Konsequenzen führen, da man dann jener Unsumme von Körperschaften, die aus egoistischen Gründen jedem den Beitritt gestatten, den Charakter der Öffentlichkeit zuerkennen müßte.

Trotz Iherings deutlich ausgesprochener Ansicht, daß öffentlich sei, wozu „jedem der Zutritt freistehe", liegt ihm tatsächlich die Scheidung der Körperschaften nach ihren Zwecken nicht sehr fern. Nach seinen eigenen Worten ist der Unterschied zwischen „offen und geschlossen" „durch die Verschiedenheit des Zweckes bedingt" (6.).

Daraus erklärt sich auch, daß er den Unterschied zwischen privater und öffentlicher Vereinigung mit dem zwischen frui und uti zusammenfallen läßt (7.). Im ersteren Fall soll eine Konkurrenz der „Teil-nehmer" vorliegen, der Anteil des einen soll den der anderen mindern, im letzteren Fall sollen sich dagegen die „Mit-glieder" gegenseitig nicht beschränken. Der Unterschied dieser zivilrechtlichen Begriffe baut sich aber lediglich auf den verschiedenen Zwecken dieser Rechtsinstitute auf, sodaß auch bei der Unterscheidung der Körperschaften in öffentliche und private die Zwecke bestimmend wären.

Ob nicht sogar das Wort publicus, auf dessen Auslegung ja Iherings Auffassung beruht, ursprünglich „öffentlichen Zwecken dienend" und erst übertragen „allen offenstehend" (8.) bedeute, sei hier, als dem Gebiet der Philologie angehörig, nicht entschieden. Es genüge der Hinweis darauf, daß viele namhafte Autoren (9.) als des Wortes Grundbedeutung „auf den Staat, das Volk bezüglich" „das öffentliche Interesse betreffend" anführen. Ein neuer Grund, Iherings Ansicht dahin richtig zu stellen, daß sich die öffentliche Körperschaft durch die Verschiedenheit der Zwecke von dem Privatverein unterscheidet.

b) Beitrittspflicht.

§ 7.

Enger und bestimmter ist der Kreis der öffentlichen Körperschaften für die Anhänger der Beitrittszwangstheorie (1.) gezogen. Die Möglichkeit, jeden gegen seinen Willen zu Beitritt und Mitgliedschaft anzuhalten, das Zurücktreten der dem Privatrecht eigentümlichen Willkür hinter das Charakteristikum des öffentlichen Rechts, den Zwang, hat gewöhnlich eine Veränderung der rechtlichen Natur der Körperschaft zur Folge.

Doch frägt es sich, ob dieser so gewonnene Kreis denn auch alle Körperschaften umschließt. Dies ist aber tatsächlich keineswegs der Fall. Müßten wir doch sonst viele Personenvereinigungen (2.), deren gesetzliche Regelung im übrigen den Stempel öffentlichen Charakters trägt, denen aber gerade dieses Merkmal

fehlt, unbekümmert um ihr sonstiges juristisches Gepräge, dem Privatrecht zuweisen. Wie sich später noch zeigen wird, führt eben jede zweischneidige Verwendung eines einzelnen bestimmten Kriteriums nicht zum Ziel. Ein durchgreifendes und zugleich ausschließendes Merkmal gibt es nicht.

Außer der Willkürlichkeit und Unannehmbarkeit der praktischen Resultate spricht gegen den Beitrittszwang als Kriterium auch ein durchschlagender theoretischer Grund.

Der Zwang ist dem Staat niemals Selbstzweck, immer nur Mittel zum Zweck. Wenn der Staat sich zugunsten einer Körperschaft des Zwanges bedient, zeigt er dadurch sein Interesse an der Erfüllung ihrer korporativen Zwecke (3.). Er beweist dadurch, daß er ihre Aufgaben der Förderung für würdig hält. Das Gewähren des Beitrittszwanges ist erst eine Folge dieses Urteils. Im letzten Grunde sind also für die Beitrittszwangstheorie die Zwecke der Körperschaft entscheidend.

Dies zu betonen wäre überflüssig, wenn der Staat jeder den öffentlichen Interessen dienenden Körperschaft Zwangsgewalt zuerkennen würde. Da dies aber nicht der Fall ist, so bilden die Körperschaften mit Beitrittszwang nur einen Teil der öffentlichen Körperschaften. Der Staat hat nämlich zwei Mittel, eigene Interessen durch andere erfüllen zu lassen, Recht und Pflicht. Die Pflicht (und dieser entspricht der Beitrittszwang) setzt erst dann ein, wenn das Recht sich als nicht stark genug erweist. Sollte aber deshalb, weil die soziale Aufgabe einer Körperschaft so dringendem Bedürfnis entspringt, daß das Hilfsmittel des Zwanges überflüssig ist, diese des öffentlichen Charakters entbehren?

Dem Beitrittszwang verwandt und kritisch ebenso zu beurteilen ist der Gründungszwang (4.). Was den Gesetzgeber veranlaßt, den Beitrittszwang bei Bestehen einer Körperschaft zu statuieren, bestimmt ihn zur Normierung des Gründungszwanges beim Fehlen einer geeigneten Körperschaft; der Beitrittszwang geht dann in Gründungszwang über.

Auch auf die Ansicht Hölders und anderer (5.), daß es darauf ankomme, ob eine Körperschaft „öffentlichrechtlichen oder

privatrechtlichen Ursprungs" sei, kann in diesem Zusammenhang eingegangen werden. Zwei Arten „öffentlichrechtlichen Ursprungs" sind denkbar. Das öffentliche Recht kann gewisse Personen zur Gründung verpflichten, dies ist der schon besprochene Gründungszwang, oder es kann die Körperschaft kraft Gesetzes entstehen lassen. Ob das eine oder andere der Fall ist, ist eine willkürliche Einzelheit bei den Gründungsvorgängen, die zu vorübergehend und zu belanglos ist, als daß sie den Charakter der Körperschaft wesentlich und dauernd beeinflussen könnte (5a.). Kritisch dürfen wir sicherlich die beiden Fälle gleich bewerten, müßten also das über den Gründungs- und Beitrittszwang Gesagte wiederholen.

Doch sei die Richtigkeit des gefällten Urteils an einem praktischen Falle erprobt.

Gegen die hier besprochenen Theorien wurde hauptsächlich eingewendet, daß das Moment des Zwanges, als etwas rein zufälliges, im einzelnen Fall fehlen könne, ohne den Gesamtcharakter des Rechtsinstitutes wesentlich zu ändern. Die Folge davon ist das Vorhandensein von Körperschaften, die von diesem einen Merkmal abgesehen, alle Merkmale öffentlichrechtlicher Körperschaften tragen oder — entsprechend auf das Kriterium des „öffentlichrechtlichen Ursprungs" übertragen — das Vorhandensein von Körperschaften privatrechtlichen Ursprungs mit dem ausgesprochenen Charakter öffentlicher Körperschaften. Ein Beispiel hiefür ist die Fabrikkrankenkasse, welche von einem Unternehmer freiwillig errichtet worden ist (6.). Trotz ihrer rein privatrechtlichen Gründung dürfte sie doch nicht mit Recht als von allen anderen Versicherungsträgern wesentlich verschieden anzusehen sein.

Bemerkt sei noch, daß die Unterscheidung Savignys (7.) und anderer (8.) in gewillkürte und notwendige Verbände sich nicht mit der Scheidung in öffentliche und private Körperschaften deckt, vielmehr vollständig unabhängig neben ihr besteht. Zur Beleuchtung des Verhältnisses zwischen den beiden Einteilungen sei erwähnt, daß die „notwendigen" Verbände ein engerer Begriff sind als die öffentliche Körperschaft. Sind doch selbst unsere

modernen Gemeinden und höheren Kommunalverbände keineswegs aus den bestehenden Verhältnissen mit Notwendigkeit herausgewachsen, sondern erst künstlich durch Staatsgesetz ins Leben gerufen.

Auch der Begriff „Selbstverwaltungskörper" ist nach herrschendem Sprachgebrauch enger als der der öffentlichen Körperschaft, sodaß er ihm angehört, ohne ihn auszufüllen.

2. Die besonderen Beziehungen zum Staat als der öffentlichen Körperschaft charakteristisch.

a) Die Privilegierung und besondere Beaufsichtigung der Körperschaft.

§ 8.

Zwar nicht immer beachtet, aber unseres Wissens niemals bestritten (1.) ist das Interesse des Staates an den Zwecken der öffentlichen Körperschaft. Hieraus erklären sich zwei einander entgegengesetzte Erscheinungen, die Privilegierung und die besondere Beaufsichtigung dieser Verbände.

I. Vielen, vielleicht sogar allen, sind besondere Vorrechte gegeben oder bestimmte Pflichten erlassen, so daß sie im Vergleich zu anderen Körperschaften eine eigenartige und zwar bevorzugte Stellung einnehmen; denn nur tatsächliche Begünstigungen, nicht auch odiose Ausnahmebestimmungen kommen in Betracht. Hieraus darf man aber nicht die Richtigkeit der Ansicht (2.) folgern, daß die Frage nach dem öffentlichen Charakter einer Körperschaft bei Vorhandensein von Privilegien zu bejahen, bei deren Fehlen zu verneinen sei. Zugegeben, daß jede öffentliche Körperschaft privilegiert ist, so ist doch nicht jede privilegierte Körperschaft öffentlichrechtlich. Sollte etwa eine vom Staat subventionierte Eisenbahn-Aktiengesellschaft eine öffentliche Genossenschaft sein, wie die Privilegtheorie zweifellos annehmen müßte! Wir finden eben eine Unzahl privatrechtlicher Körperschaften, denen der Staat aus den verschiedensten Gründen Vorrechte zugestanden hat.

Entschieden zurückzuweisen ist die für die Analyse unseres Begriffes verwirrende Ansicht (3.), daß unter den Privilegien namentlich das Konkursvorrecht für den öffentlichen Charakter einer Körperschaft bestimmend sei.

Die Konkursordnung (4.) räumt den öffentlichen Körperschaften das Recht ein, an dritter Stelle Befriedigung aus der Konkursmasse zu verlangen. Der Begriff der öffentlichen Körperschaft ist also völlig unabhängig vom Konkursrecht festzustellen und dann den so bestimmten Korporationen dieses Vorrecht zuzugestehen. Es als Merkmal der öffentlichen Körperschaft anzusehen, ist ein offensichtlicher Zirkelschluß. Die Tatsache, daß einer Körperschaft von der Literatur oder Rechtssprechung das genannte Vorrecht zugebilligt wird, ermöglicht uns nur mittelst Rückschlusses die Meinung des Autors oder des Gerichtes über deren juristische Natur festzustellen, ein Ausspruch von dem Wert und Unwert eines subjektiven Urteils.

Im vorliegenden Fall konnte es unschwer gelingen, den Fehlschluß nachzuweisen, weil man auf dem sicheren Boden des positiven Rechtes operieren konnte. Genau des gleichen Trugschlusses macht sich aber die Privilegtheorie überhaupt schuldig. Eine Körperschaft ist nicht wegen ihrer Privilegien öffentlich, sondern wegen ihres öffentlichen Charakters ist sie privilegiert. Beides, Privileg und öffentliche Korporationsqualität, entspringt der gleichen Wurzel, dem staatlichen Interesse an den Zwecken der Körperschaft. Aber einige Privilegien allein beweisen nicht, daß der Staat die Zwecke für so wichtig hält, daß er der Körperschaft zugleich öffentlichen Charakter verleiht. Da man somit nicht schon beim Vorhandensein jedes noch so unscheinbaren Privilegs eine Körperschaft für öffentlich zu halten befugt ist, müßten sich die Verfechter dieser Ansicht zunächst einmal der Mühe unterziehen, den Inhalt der Privilegien festzustellen, welche den öffentlichen Charakter sollen dartun können. Somit haben sie die Frage nicht gelöst, sondern nur verschoben; während wir nach dem Kriterium öffentlicher Korporationen fragen, fragen sie nach den entscheidenden Vorrechten.

Auf ein bestimmtes Privileg, z. B. die Verwaltungsexekution (5.), den Unterschied abstellen zu wollen, ist aber wieder nicht ratsam. Eine w e s e n t l i c h e Unterscheidung auf Accidentalien statt auf Essentialien zu gründen, erscheint unangebracht. Wie leicht ist es, mindestens theoretisch, denkbar, daß eine Körperschaft gerade dieses e i n e, unbedeutende Moment vermissen läßt, obwohl man im übrigen genötigt wäre, sie öffentlichrechtlich zu nennen, und daß eine andere, die man sonst niemals hieher zählen würde, gerade dieses e i n e Moment aufweist.

Ausführlich wendet sich Hinschius (6.) gegen die namentlich im Kirchenrecht vertretene Privilegtheorie, indem er die Beweiskraft der einzelnen, besonders hervorgehobenen Vorrechte widerlegt. Wenn Dove (7.) u. a. den besonderen strafrechtlichen Schutz, die Berücksichtigung der kirchlichen Feiertage durch die weltliche Rechtsordnung und die Gewährung von Staatsmitteln als Charakteristikum anführen, so ist dies alles für uns schon deshalb völlig unbrauchbar, weil es höchstens auf die Kirche paßt.

Mit Kahl (8.) aber den k i r c h l i c h e n Begriff der öffentlichen Körperschaft für einen besonderen, von dem der w e l t l i c h e n öffentlichen Körperschaft verschiedenen zu halten, ist ein unbegründeter, überdies höchst unerfreulicher Dualismus. Bezweckt doch diese Bezeichnung einzig und allein, der Kirche eine Stelle im w e l t l i c h e n Rechtssystem, unter den w e l t l i c h e n Personenvereinigungen anzuweisen.

Doch nicht einmal auf die Kirche treffen diese Merkmale zu. So wird der strafrechtliche Schutz allen nur überhaupt mit Korporationsrechten ausgestatteten Religionsgesellschaften gewährt. Daß aber Dove folgerichtig auch die mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Privatreligionsgesellschaften zu den öffentlichen Körperschaften zählen würde, ist nicht der Fall. Auch sind weder alle, noch überall die gleichen kirchlichen Feiertage von der Rechtsordnung anerkannt. Die Gewährung von Staatsmitteln endlich ist auch schon zeitweise (z. B. bei der Temporaliensperre in Preußen auf Grund des Gesetzes vom 22. April 1875) weggefallen, ohne daß man deshalb eine wesentliche Veränderung der Kirche angenommen hätte.

Übrigens will Dove, wie auch Kahl, Schulte (9.) u. a., was bei Hinschius nicht genügend hervortritt, keineswegs das eine oder andere dieser Privilegien unbedingt entscheiden lassen, sondern vielmehr das Gesamtbild. Den gemeinschaftlichen Grund aller Privilegien aber erblickt er in dem „öffentlichen Interesse an dem Dasein und Wirken" der Kirche. Warum stellt er dann nicht den einheitlichen Grund statt der buntscheckigen, willkürlichen Folgen als Kriterium auf?

II. Recht gibt Macht, Vorrecht gibt eine das gewöhnliche Niveau übersteigende Macht. Je mächtiger jemand ist, desto mehr Grund besteht für den Staat, darauf zu achten, wie er seine Macht verwendet, ob zu des Staates Vorteil oder Nachteil. Wenn der Staat eine Körperschaft mit Privilegien ausstattet, ihr also besondere Macht verleiht, wird er sich zugleich auch eine besondere Kontrolle über diese Machtträger wahren (10.). Dem Privileg entspricht regelmäßig eine das gewöhnliche Maß übersteigende Staatsaufsicht. Zweck dieser Aufsicht ist der Schutz der staatlichen oder auch individuellen Interessen vor der Körperschaft. Er kann sich auf alle Staatsangehörigen oder nur auf die Körperschaftsmitglieder erstrecken.

Neben dieser Möglichkeit, daß die Staatsaufsicht eine Kautele gegen Machtübergriffe der Körperschaft bildet, steht als zweite Möglichkeit, daß die Staatsaufsicht die Erfüllung der körperschaftlichen Zwecke zu sichern bestimmt ist. Diese Aufsicht soll Gefahren abwenden, welche der Leistungsfähigkeit der Körperschaft drohen. Während im ersten Fall der Staat sich selbst beziehungsweise seine Angehörigen schützt, schützt er im zweiten Fall die Körperschaft.

Nach der Verschiedenheit der Zwecke ist naturgemäß auch der Inhalt der staatlichen Oberaufsicht verschieden; doch bestehen bei vielen Körperschaften beide Arten der Staatsaufsicht nebeneinander.

Bei der Kirche dient z. B. das Recht des Staates, über Religionszugehörigkeit zu entscheiden, der Rekurs an den Landesherrn und das königliche Placet dem Schutze des Staates und der einzelnen, während die Vorschriften über kirchliche Vermögens-

verwaltung und Veräußerung von Kirchengut dem Schutze der Kirche zu dienen bestimmt sind.

Ähnlich bei der Innung. Die Bestimmung, daß Vorschriften über Ausschließung von Mitgliedern sowie über Voraussetzung und Form der Verhängung von Ordnungsstrafen nur in dem genehmigungsbedürftigen Statut enthalten sein können (11.) und daß über die Vorgänge bei der Wahl zu Innungsämtern Beschwerde an die Aufsichtsbehörde zulässig ist (12.), bezweckt den Schutz der Mitglieder. Die Erwerbs- und Veräußerungsbeschränkung des § 89b G.O. schützt die Körperschaft. Beiden Kategorien gleichzeitig gehört die Bestimmung an, daß über das Vorliegen von Gründen, aus denen die Wahl zu Innungsämtern abgelehnt werden darf, die Aufsichtsbehörde entscheidet (13.).

In den Fällen, in denen die Staatsaufsicht nur das Korrelat der Privilegien bildet, sind diese das Primäre, die Aufsicht das Sekundäre, durch sie Bedingte. Wer also die Staatsaufsicht über den öffentlichen Charakter einer Körperschaft entscheiden läßt (14.), ist Anhänger der Privilegtheorie; nur setzt er den Reflex der Privilegien an deren Stelle. Alle Gründe gegen die Privilegtheorie wirken auch gegen ihn. Außerdem kann man ihm noch entgegenhalten, daß er seinen Begriff statt auf eine primäre Erscheinung auf ein sekundäres Moment stützt, das nicht einmal notwendig vorhanden ist. Denn die Aufsicht ist das Mittel des Staates, um sich gegen Übergriffe vonseiten der durch seine Privilegien erstarkten Körperschaft zu schützen. Wo er ohne diese Garantie sicher geht, wie dies bei geringfügigen Privilegien und namentlich sich selbst gegenüber der Fall ist, fehlt der Grund zur Beaufsichtigung. Um den Kreis dieser Fälle ist die Aufsichtstheorie also enger als die Privilegtheorie. Wieso es aber darauf ankommen soll, ob der Staat als Gegengewicht für das der Körperschaft verliehene Übergewicht eine besondere Aufsicht für notwendig erachtet oder ob er auch ohne eine solche auskommen zu können glaubt, ist nicht ersichtlich.

Wenn die Staatsaufsicht aber unabhängig von der Privilegierung besteht, also nicht bloß deren Kehrseite bildet, kann sie zwei legislatorischen Erwägungen entspringen. Der Staat kann

den Zwecken der Körperschaft mißtrauisch gegenüberstehen und sie darum (also im eigenen Interesse) beaufsichtigen oder er kann sich an der Erfüllung der körperschaftlichen Zwecke für persönlich interessiert halten und darum zur Erhaltung und Förderung der Körperschaft (und in deren Interesse) die Oberaufsicht ausüben.

Der erstere Fall ist praktisch belanglos; denn der Staat begnügt sich dann nicht mit einer in ihren Wirkungen zweifelhaften Aufsicht, er verhindert das Entstehen derartiger Körperschaften oder verfügt deren Schließung. So bedürfen ja auch nach BGB. (15.) Vereine politischen, sozialpolitischen und religiösen Charakters, also die Verbände, deren Ziele am ehesten mit den Staatszwecken in Widerspruch geraten, der verwaltungsbehördlichen Genehmigung.

Somit ist nur noch der zweite Fall praktisch bedeutsam: Sein besonderes Interesse an der Körperschaft veranlaßt und berechtigt den Staat zu seiner besonderen Aufsichtstätigkeit (16.). Diese ist nur der Ausfluß eines tieferen Gedankens, der Anerkennung der körperschaftlichen Zwecke durch den Staat; die noch zu besprechende Zweckanerkennungstheorie bildet den eigentlichen, gesunden Kern der auf diese zweite Art von Staatsaufsicht gestützten Ansicht.

b) Die öffentlichrechtliche Pflicht der Körperschaft zur Zweckerfüllung (Rosin).

§ 9.

Rosin (1.) nennt „öffentlich" „diejenige Genossenschaft, welche kraft öffentlichen Rechtes dem Staat zur Erfüllung ihres Zweckes verpflichtet ist". Es entscheidet somit das Pflichtverhältnis, in dem die Körperschaft zum Staate steht. Inhalt dieses Verhältnisses muß die Erfüllung des körperschaftlichen „Lebenszweckes" (2.) sein, die Erfüllungspflicht hinsichtlich einzelner Nebenzwecke genügt nicht.

Der Kritik seien einige Bemerkungen allgemeiner Natur vorangeschickt.

Ein Recht kann einer Person in eigenem Namen zustehen, sie selbst ist dann Rechtssubjekt, oder es kann zwar einer anderen

zustehen, ihr aber die Ausübung gestattet sein. Hievon vollständig unabhängig ist die Frage, ob sie ein zu eigenem Namen zustehendes Recht ursprünglich (originär) oder abgeleitet (derivativ) erworben hat. Ersteren Falls handelt es sich um das Subjekt, letzteren Falls um den Grund der Berechtigung.

Ebenso kann eine Aufgabe einer Person als eigene Aufgabe zustehen oder er kann die Aufgabe als solche einem anderen zustehen, ihr aber die Erfüllung der Aufgabe, die Vornahme der zur Durchführung erforderlichen Maßnahmen übertragen sein. Dabei können eigene Aufgaben, wie eigene Rechte, ursprünglich oder abgeleitet erworben sein.

Namentlich bei der Beurteilung der Verhältnisse zwischen Staat und Gemeinde darf diese Scheidung nicht aus dem Auge gelassen werden. Unsere moderne Gemeinde besitzt keine ursprünglichen, sondern nur abgeleitete Aufgaben. Diese können ihr aber entweder in eigenem Namen zustehen („eigentlicher" Wirkungskreis (3.) oder in fremdem, in des Staates Namen („übertragener" Wirkungskreis). Hinsichtlich des letzteren bildet die Gemeinde eine staatliche Behörde zur Durchführung staatlicher Aufgaben. Seydel (4.) warnt mit Recht davor, die Tätigkeit der Gemeinde innerhalb dieses Wirkungskreises mit der einer Verwaltungsbehörde zu identifizieren, da diese nur die Pflicht, jene auch das Recht habe, tätig zu werden. Auf andere als Verwaltungsbehörden trifft dies aber nicht zu. Die Gerichte sind z. B. Staatsbehörden, haben aber doch, wie die Gemeinden, ein nur durch Gesetz entziehbares Recht auf ihre Tätigkeit.

Da Rosin die öffentliche Körperschaft zur Erfüllung ihres Zweckes verpflichtet sein läßt, muß es sich um ihre eigenen Zwecke, ihre eigenen Aufgaben handeln, wenn sie Staatsaufgaben in dessen Namen erfüllt, verleiht ihr dies nicht öffentlichen Charakter. Mithin erübrigt sich Wolffs dahingehende Korrektur (5.). Der Frage, ob die Aufgaben ursprünglich sein müssen oder auch abgeleitet sein können, wird hierdurch nicht präjudiziert. Daß die Aufgaben „eigene" Aufgaben der Körperschaft sein müssen, schließt natürlich das staatliche Interesse

an ihrer Erfüllung nicht aus. Trotzdem können die Aufgaben „öffentliche" sein, d. h. neben dem Privatinteresse kann noch ein besonderes allgemeines Interesse an ihrer Erfüllung bestehen.

Uneingeschränkte Zustimmung hat Rosin nirgend gefunden (6.). Trotzdem bleibt es das entschiedene Verdienst des geistreichen Schriftstellers, auf dieses früher völlig vernachlässigte Moment aufmerksam gemacht und dadurch eine durch ein immerhin wertvolles Kriterium geeinigte Gruppe von Körperschaften abgegrenzt zu haben. Daß diese Gruppe aber alle und nur alle öffentlichen Körperschaften umfasse, wurde mit Recht zurückgewiesen.

Die Zwecke einer Körperschaft befinden sich nach Hatscheck (7.) in stetem Wechsel, können also ohne Beschränkung der Individualität gar nicht fixiert werden. Demnach wäre auch eine Zweckerfüllungspflicht ein Unding und überhaupt nicht denkbar. Indes ist Hatscheck hinsichtlich der Unbestimmbarkeit der Zwecke doch nur teilweise zuzustimmen. Die Körperschaft kann infolge ihres immanenten Willens jederzeit ihre Zwecke modifizieren und muß dies tun, wenn sie sich nicht überleben will. Die Zweckerfüllungspflicht kann sich also nur auf den wesentlichen Kern der Aufgaben beziehen, der trotz allem Wechsel immer der gleiche bleiben muß, weil sonst die Körperschaft die alte zu sein aufhören würde. Dies Bedenken steht der Brauchbarkeit des Rosin'schen Begriffes nicht entgegen.

Da dieser in anerkennenswerter Weise die Konsequenzen seiner Begriffsbestimmung zieht, gesteht er der Kirche öffentlichen Charakter bloß für die früheren Zeiten zu, als sie noch Staatseinrichtung war, ihr Zweck als Staatszweck betrachtet und dessen Erfüllung von Staats wegen veranlaßt wurde. Für die Gegenwart, die der Kirche in ihren eigenen Angelegenheiten ihre völlige Freiheit wahrt (8.), spricht er ihr konsequenterweise den öffentlichen Charakter ab. Hier setzt meist die Kritik von Rosins Anschauung ein (9.).

Die Kirche wird in vielen Landesgesetzen (10.) ausdrücklich eine öffentliche Körperschaft genannt. Dies allein würde natürlich Rosins Lehre nicht entwerten; ist doch — wie schon näher

ausgeführt — das Gesetz weder berufen noch berechtigt, wissenschaftliche Fragen authentisch zu entscheiden.

Auch in der Literatur (11.) tritt die nach Zahl und Ansehen erdrückende Übermacht für den öffentlichen Charakter der Kirche ein. Damit ist Rosins Theorie zwar bedroht, noch nicht gestürzt.

Vergleichen wir die gesetzliche Regelung der kirchlichen Verhältnisse mit der rechtlichen Behandlung gewöhnlicher Privatvereine, so gewahren wir eine so grundlegende Verschiedenheit, daß wir in den Religionsgesellschaften entweder mit Kahl (12.) und Haenel (13.) eine von der öffentlichen Körperschaft und dem Privatverein verschiedene dritte Art von Körperschaften erblicken müssen oder, da wir dies ablehnten, uns gezwungen sehen, die Kirche den öffentlichen Korporationen anzugliedern. Wo fänden wir bei einem Privatverein so weitgehende Privilegien, wo ein so einschneidendes Aufsichtsrecht, wo eine ähnliche Rücksichtnahme auf die Verfolgung seiner Zwecke, wie sie u. a. in der Anerkennung der kirchlichen Festtage durch die weltliche Rechtsordnung zum Ausdruck kommt? Das juristische Gesamtbild der Kirche läßt so deutlich das staatliche Interesse an ihren Zwecken, so unbestreitbar die wohlbegründete Exemption von der allgemeinen Vereinsgesetzgebung erkennen, daß man, ohne den Tatsachen Zwang anzutun, die Kirche unmöglich den Privatvereinen angliedern kann, ja fast über das Fehlen der Zweckerfüllungspflicht staunt.

Wie erklärt sich diese scheinbare Lücke? Die sittliche und moralische Erziehung des Menschen ist der Kirche anvertraut. Soweit und nur soweit sie diesem Zwecke dient, ist sie für den Staat von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Trotzdem besteht für sie nur das Recht, nicht die Pflicht, diese Aufgabe zu lösen. Doch in ihrem eigenen Interesse macht die Kirche, die an der Wahrung ihrer Machtstellung interessiert ist und interessiert sein muß, von diesem Rechte Gebrauch. Sollte sie aber tatsächlich einmal diese Aufgabe vernachlässigen oder sie in einer dem Staat nicht entsprechenden Weise erfüllen, so würde dieser sich nicht damit zufrieden geben, sie mittels Zwanges zur Pflicht zurückzuführen, sondern er würde diese Aufgaben entsprechend ihrer

Wichtigkeit selbst in die Hand nehmen, wie er ja auch die geistige Ausbildung selbst übernahm, als ihm die Erfüllung dieser Aufgabe durch die Kirche allein nicht mehr angebracht schien. Das Fehlen der Zweckerfüllungspflicht ist also keine Mißachtung, sondern eine Hochachtung ihrer Aufgaben; es ist keineswegs, wie Rosin meint, ein Beweis gegen, sondern ein Beweis für den öffentlichen Charakter der Kirche.

Es zeigt sich auch hier der Fehler aller auf Zwang gegründeten Theorien. Es kann im Einzelfall der Zwang lediglich deshalb fehlen, weil der Staat ihn für nicht erforderlich oder nicht zweckmäßig erachtet, ein Moment, das für den Charakter der Körperschaft nicht von Belang sein kann. Auch ist Rosins Kriterium nur dann von praktischer Bedeutung, wenn die Körperschaft ihre Zwecke vernachlässigt, setzt also eine pathologische Erscheinung zu seiner Wirksamkeit voraus (13a.). Die Erfüllungspflicht als Mittel des Staates zur Beseitigung dieses krankhaften Zustandes ist schon deshalb nicht sonderlich geeignet, den Körperschaften als Einteilungsmaßstab zu dienen.

Während die Kirche, eine mit gutem Grund für öffentlich zu erachtende Körperschaft, nicht unter Rosins Begriff fällt, trifft dieser andererseits bei unbedingt privatrechtlichen Körperschaften zu. So müßte Rosin meines Erachtens die Gewerkschaften (14.) und die zum Betrieb verpflichteten Eisenbahngesellschaften (15.) zu den öffentlichen Korporationen rechnen, obwohl er ihnen in Übereinstimmung mit der herrschenden, wohl auch richtigen Lehre privatrechtlichen Charakter beilegt.

Er meint zunächst, daß bei diesen Körperschaften der Bergwerk- bezw. Eisenbahnbetrieb nur Mittel zur Erzielung eines Erlöses, letzterer der eigentliche Gesellschaftszweck sei, somit die Erfüllungspflicht nicht den Körperschaftszweck treffe. Diese Beweisführung geht aber fehl. Mag auch für die einzelnen Mitglieder ausschließlich ihr finanzieller Gewinn Zweck ihrer Mitgliedschaft sein, so kommt für die Korporation doch bloß der Körperschaftszweck als solcher in Betracht, ihr ist der Gewinn bloß Mittel zum Zweck, Mittel zur Gewinnung der für ihre Zwecke erforderlichen Beteiligung, zumal da ja auch kulturelle

Gesichtspunkte solche Körperschaften ins Leben rufen und beherrschen können.

Des weiteren führt Rosin an, daß bei diesen Körperschaften der körperschaftliche Charakter für die Zweckerfüllungspflicht vollständig gleichgültig ist. Auch dieser Grund schlägt nicht durch. Die Frage, ob eine öffentlichrechtliche Körperschaft vorliegt, zerfällt in zwei voneinander völlig unabhängige Fragen, die in keiner Weise miteinander verquickt werden dürfen. Zunächst ist zu untersuchen, ob überhaupt eine Körperschaft gegeben und erst dann ist deren Charakter festzustellen. Ist die erste Frage, wie z. B. in unseren Fällen, zu bejahen und liegt zugleich das Kriterium der Öffentlichkeit, nach Rosin also die publizistische Zweckerfüllungspflicht, vor, dann ist eine öffentlichrechtliche Körperschaft gegeben, gleichviel, ob diese Verpflichtung in gleicher Weise auch für jeden Privatmann bestünde. Letzteres spricht sogar für den öffentlichen Charakter; denn zwingende Eingriffe in die Individualrechtssphäre verpönt die Rechtsordnung mehr als solche in die Rechtssphäre einer Körperschaft.

Mit der, wie ausgeführt, für Rosin unabwendbaren Folge die Gewerkschaften und betriebspflichtigen Eisenbahngesellschaften zu den öffentlichen Körperschaften zählen zu müssen, könnte man sich noch allenfalls abfinden. Völlig unannehmbar ist aber die weitere Konsequenz seiner Lehre, daß sämtliche Korporationen des preußischen Landrechts öffentlichrechtlichen Charakter trügen, eine Annahme, zu der auch E. Mayer (16.), freilich von einem anderen Gesichtspunkt aus, gelangt. Nach preußischem Landrecht kann nämlich jede Körperschaft von Aufsichtswegen zur Erfüllung ihrer Zwecke angehalten werden (17.); bei jeder trifft somit Rosins Merkmal zu. Wozu aber noch eine Unterscheidung zwischen öffentlicher und privater Körperschaft, wenn e i n e Alternative, die private Körperschaft, vollständig außerhalb des Bereiches juristischer Möglichkeit liegt! Daß aber diese Unterscheidung auch unter der Herrschaft des allgemeinen preußischen Landrechtes anerkannt war, erhellt aus dem Gebrauch beider Begriffe in der Konkursordnung und dem alten Handelsgesetzbuch (18.).

Worauf beruht es nun aber, daß der Gesetzgeber manche Körperschaften zur Verfolgung ihrer Zwecke verpflichtet? Etwa auf regelloser Willkür? Zeigt sich nicht vielmehr darin das Interesse des Staates an den körperschaftlichen Aufgaben? Sicherlich. Wir sehen also auch bei dieser Theorie die ihr innewohnende Tendenz, das Urteil des Staates über die körperschaftlichen Zwecke entscheiden zu lassen, eine Tendenz, die sich wie ein roter Faden durch alle Theorien zieht, der gemeinschaftliche, gesunde Kern aller, selbst der entgegengesetztesten Ansichten.

c) Die Übertragung obrigkeitlicher Gewalt auf die Körperschaft.

§ 10.

Eine verbreitete Meinung (1.), von Rosin noch für die herrschende gehalten, nennt die mit obrigkeitlicher Gewalt ausgestatteten Körperschaften öffentlich. Ihre Anhänger verdankt diese Definition zweifellos ihrer weiten Fassung. Wenn es auch nur s o gelingen kann, die verschiedenartigen Lebenserscheinungen zu treffen, welche der Begriff der öffentlichen Körperschaft umspannt, so birgt dies doch gleichzeitig die Gefahr unklarer Vorstellungen in sich. Sind sich doch die einzelnen Autoren über das W e s e n der obrigkeitlichen Gewalt vollständig im unklaren, obwohl erst durch die Klärung dieses Begriffes ihre Körperschaftsdefinition Gestalt gewinnt. Solange eine solche nicht erfolgt, bietet diese Theorie für die Kritik keine Anhaltspunkte und keinen Grund. Wir müssen uns an diejenigen Schriftsteller halten, die ohne ersichtliches System einzelne Momente als der obrigkeitlichen Gewalt charakteristisch herausgreifen.

Nach Hinschius (2.), dem Hauptvertreter dieser Ansicht, ist es für die Kirche als öffentliche Körperschaft bestimmend, „daß sie innerhalb eines ihr vom Staate offen gelassenen Gebietes eine von demselben unkontrollierte obrigkeitliche Gewalt frei auszuüben befugt ist.“ Dagegen ist zunächst einzuwenden, daß die „Unkontrolliertheit“ und „Unkontrollierbarkeit“ der obrigkeitlichen Gewalt mindestens für die protestantische Kirche gar nicht besteht (3.). Auch ist seine Definition höchstens für die

Kirche verwendbar, versagt sämtlichen anderen öffentlichen Körperschaften gegenüber; denn auf alle Fälle kann keine andere Korporation auf eine unkontrollierte obrigkeitliche Gewalt Anspruch erheben. Im allgemeinen läßt sich zweifellos mit mehr Grund die Abhängigkeit vom Staate, als die Unabhängigkeit als Charakteristikum öffentlicher Verbände aufstellen. Wenn Hinschius gegen Rosins Theorie geltend macht, daß sie nicht auf die Kirche paßt, trifft ihn der Vorwurf, daß seine Definition nur auf die Kirche paßt.

Ferner kann hier eine gewisse Jurisdiktion der Körperschaft über ihre Mitglieder in Betracht kommen, wie wir sie bei der Innung in der Entscheidung von Streitigkeiten (4.), bei den Berufsgenossenschaften in der Feststellung der Versicherungsansprüche (5.) und bei den Kirchen in der Ausübung der kirchlichen Strafrechts (6.) finden. Auch die Autonomie der Körperschaft wird besonders betont, die beispielsweise bei der Kirche ausgebildet ist.

Abgesehen von den Schwierigkeiten, die eine Grenzziehung zwischen dieser Jurisdiktion und der auch dem Privatverein eigentümlichen Disziplinargewalt bereiten würde, sind diese Momente als zweischneidige Kriterien, bei deren Fehlen der öffentliche Charakter immer ausgeschlossen wäre, undenkbar. Wo findet sich z. B. bei den öffentlichen Körperschaften κατ' ἐξοχήν, den Gemeinden, eine selbständige Jurisdiktion? Die Autonomie fehlte der protestantischen Landeskirche nicht nur zur Zeit des Territorialismus, in Sachsen-Koburg-Gotha z. B. fehlt sie ihr sogar heute noch (7.). Sollte aber deshalb ihre juristische Natur vollständig von der anderer Kirchen verschieden sein? Alle diese Momente können also nicht allgemeine und ausschließliche Kriterien sein. Daß wir aber bei vielen öffentlichen Körperschaften Autonomie und Jurisdiktion finden und bei den meisten Privatvereinen vermissen, ist ein Beweis, daß diese Momente nicht begriffskonstitutiv sind — Ausnahmen wären sonst undenkbar —, sondern lediglich des öftern mit dem eigentlichen Begriffsmerkmal zusammentreffen, auf dessen Vorhandensein sie somit allenfalls hindeuten können. Sie haben lediglich den

Wert von Beweismitteln, sie bezeugen als Privilegien die staatliche Wertschätzung der Körperschaftszwecke.

Ähnlicher Ansicht sind Staudinger (8.), Jellinek (9.) und Tezner (10.). Nach ihnen ist die obrigkeitliche Gewalt immer, aber nicht ausschließlich bestimmend für den öffentlichen Charakter einer Körperschaft, sie ist ihnen also nur ein durchschlagender Beweis für das Vorhandensein des begriffswesentlichen Momentes. Über letzteres spricht sich Staudinger überhaupt nicht aus, nach Jellinek und Tezner entscheiden die Zwecke (11.).

d) Die Einfügung der öffentlichen Körperschaft in den Staatsorganismus.

§ 11.

Wie schon hervorgehoben, sind die Beziehungen zum Staat nichts den öffentlichen Körperschaften eigentümliches, auch bei jeder privaten Korporation finden sie sich. Bloß die Intimität der Beziehungen, ein Gradunterschied also, könnte für den öffentlichen Charakter bestimmend sein.

Ebenso ist auch der Unterschied zwischen den einzelnen Theorien, welche das Verhältnis der Körperschaft zum Staat betonen, lediglich graduell. Von der losen Verbindung zum immer engeren Zusammenschluß fortschreitend haben wir Privileg und Aufsicht, Pflicht zur Zweckerfüllung und endlich obrigkeitliche Gewalt als Charakteristika öffentlicher Körperschaften ansprechen sehen. Alle diese Erfordernisse sind bloß Vorstufen, die uns in stetem Steigen zur denkbar vollkommensten Verbindung, zur organischen Einfügung in das Staatsgetriebe führen (1.).

Die öffentlichen Körperschaften der Organtheorie müssen notwendig auch nach jeder der drei früheren Theorien öffentlichen Charakter beanspruchen können; denn es gibt wohl kein Organ des Staates, das nicht auch die speziellen Charakteristika der erwähnten Ansichten aufweist. Umgekehrt hat aber die Zugehörigkeit zu einer der früheren Theorien noch keine Einfügung in den Staatsorganismus zur Folge.

Die Organtheorie stellt eben höhere Anforderungen, sie ist in ihrem Verhältnis zu den anderen der engste, konzentrische Kreis.

Privileg und Aufsicht, Zweckerfüllungspflicht und obrigkeitliche Gewalt sind uns aber deshalb hier nicht vollständig gleichgültig, sie sind uns zwar nicht unmittelbar Beweis der öffentlichrechtlichen Natur der Körperschaft, kommen aber mittelbar als Beweis des organischen Zusammenhanges in Betracht.

Dieser Hinweis ist für die richtige Beurteilung der Literatur geboten. Bei vielen hier angeführten Autoren finden sich einzelne der in den früheren Theorien einseitig betonten Momente auch besonders hervorgehoben, aber ihnen sind diese Momente nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck, Mittel zur Feststellung des Öorgancharakters.

Der Begriff des Organischen ist für die Naturwissenschaft unentbehrlich. Die Definition des Begriffes ist schwierig und ungeheuer bestritten, auch in der Rechtswissenschaft trotz seiner Beliebtheit (2.) wenig geklärt. Soviel ist aber sicher: die organische Verbindung ergibt nicht die Summe der einzelnen Teile, sondern eine neue Einheit (3.), die verbundenen Gegenstände sind Teile eines neuen Ganzen geworden.

Arithmetisch stellt sich der Unterschied folgendermaßen dar: Die Zahl 4 mit der Zahl 6 organisch verbunden, gibt die von beiden Zahlen verschiedene Größe 10, also $4 + 6 = 10$, die anorganische Verbindung beider Zahlen würde $4 + 6 = (4 + 6)$ ergeben.

Millionen organischer Verbindungen treten uns täglich entgegen. Ein Haus ist, um ein Beispiel Zitelmanns zu gebrauchen, etwas durchaus anderes, als sämtliche zum Bau verwendeten Materialien. Lediglich auf dem Wegfall der organischen Verbindung beruht der Unterschied zwischen einem Haus und einem Trümmerhaufen, wenn die einzelnen Steine und Balken beim Zusammensturz unversehrt geblieben sind.

„Organisch" ist ein rein naturwissenschaftlicher, kein juristischer Begriff, er kann nur zur Erklärung eines Tatbestandes, nicht zur Erklärung eines Rechtsverhältnisses dienen. Die Frage nach der öffentlichrechtlichen Natur einer Körperschaft beantwortet sich aber nicht nach den tatsächlichen, sondern nach den rechtlichen Beziehungen der Körperschaft zum

Staate. Sie ist eine quaestio iuris, keine quaestio facti, auf die man mit organischen Erklärungen antworten könnte. Beurteilt man in der Rechtswissenschaft Beziehungen ohne Berücksichtigung ihrer rechtlichen Regelung nach tatsächlichen Verhältnissen, so hat dies lediglich den Charakter eines legislatorischen Postulates. Sagt man, die öffentlichrechtliche Natur einer Körperschaft bestimmt sich darnach, ob sie tatsächlich mit dem Staat organisch verbunden ist, so kann dies nur heißen, daß der Gesetzgeber immer, aber auch ausschließlich bei Bestehen dieses organischen Zusammenhanges einer Körperschaft öffentlichen Charakter verleihen soll. Ob ihr aber durch die Rechtsordnung dieser Charakter wirklich verliehen ist, bleibt davon unabhängig ausschließlich Frage des geltenden Rechts.

Der Begriff des Organismus zur Charakterisierung rechtlicher Beziehungen verwendet, hat bloß den Wert eines Bildes. Die Organtheorie sagt uns nur, daß dann eine öffentlichrechtliche Körperschaft vorliegt, wenn die r e c h t l i c h e n Beziehungen zwischen Staat und Körperschaft so geartet sind, daß man dieses Verhältnis, wenn es sich um tatsächliche Beziehungen handeln würde, eine organische Verbindung hieße. Mit dieser Parallele ist uns aber nicht gedient.

Zur Erklärung unseres Begriffes ist die Organtheorie auch aus anderen Gründen nicht geeignet.

Sie kommt zunächst überhaupt nur für diejenigen in Betracht, die Anhänger der organischen Staatslehre sind. Denn nur wer den Staat für einen Organismus hält, kann die öffentliche Körperschaft an ihrer Zugehörigkeit zum Staatsorganismus erkennen.

Auch läßt sie ihre Anhänger auf halbem Weg im Stich, indem sie den Begriff der öffentlichen Körperschaft nicht definiert, sondern durch einen andern Begriff ersetzt. Die Schwierigkeiten, die uns die Definition öffentlicher Körperschaften bereitet, macht der Organtheorie erst die Definition des Organismus. Welchen I n h a l t die Beziehungen zum Staate haben müssen, um als organische Verbindung angesprochen werden zu dürfen, hat man gar nicht zu beantworten versucht. Bei dem Schweigen der Autoren ist nicht einmal zu ermitteln, wie weit die einzelnen An-

sichten über diesen Punkt auseinander gehen. Daß aber große Divergenzen bestehen, erhellt aus der mystischen Unklarheit des Begriffes und aus der Mannigfaltigkeit der von Philosophen und anderen Orts auch von Juristen hierüber geäußerten Ansichten.

Namentlich ob und inwieweit bei einer organischen Verbindung die Selbständigkeit der Teile gewahrt bleiben k a n n oder sogar gewahrt bleiben m u ß , ist äußerst bestritten (3a.). Hiefür einige Beispiele.

Die engste, ursprüngliche Auffassung, daß das Organ *(ὄργανον)* ein willenloses Werkzeug in der Hand eines anderen sei, ist für uns absolut unbrauchbar, da sie mit der Natur der juristischen Persönlichkeit in Widerspruch steht.

Nennt man aber Organe diejenigen Personen, deren sich der Staat bedient, um i h m zustehende Aufgaben auszuführen, so umfaßt die Organtheorie nur die Körperschaften, die, ohne selbst Träger öffentlicher Aufgaben zu sein, lediglich der D u r c h f ü h r u n g staatlicher Aufgaben dienen, also ausschließlich eine Gruppe, die von einer großen Zahl Autoren (4.) nicht zu den öffentlichen Korporationen gerechnet wird, dagegen diejenigen Körperschaften nicht, welche im übrigen einstimmig hierher gezählt werden.

Diesen engen und für unseren Begriff zweifellos z u engen Auffassungen steht eine dritte Möglichkeit gegenüber, die sich aus Andeutungen Jellineks ergibt. Dieser verlangt, daß die öffentlichrechtlichen Verbände „Träger staatlicher Organschaft" sind (5.), ob er alle öffentlichen Verbände oder bloß seine „aktiven" öffentlichen Verbände (6.) meint, ist zweifelhaft. Letztere gehören aber sicher hierher, sind also nach Jellinek Organe des Staates. Nach dieser Auffassung gehören also gerade d i e Körperschaften zum Staatsorganismus, die nach der vorigen Auffassung nicht hieher gehörten.

Bei der Verschiedenheit des Maßstabes, an dem die juristische Natur der Körperschaft gemessen werden soll, läßt sich die Verschiedenheit der Resultate leicht begreifen. Solange keine Kriterien zur Beurteilung des organischen Zusammenhanges festgelegt sind, ist diese Theorie mit dem Schein von Gesetzmäßigkeit

umgebene Willkür. Beinahe ebensogut könnte man im Einzelfall das freie Ermessen über den öffentlichen Charakter einer Körperschaft entscheiden lassen. Auf diesen resignierten Standpunkt werden wir uns ja vielleicht auch stellen müssen. Wenn dies aber geschieht, so gilt es doch wenigstens Richtpunkte zu finden, die bei der Beurteilung ins Auge zu fassen sind. Aber auch solche hat uns die Organtheorie vorerst noch nicht bezeichnet.

Suchen wir ihr hierin entgegenzukommen. Wie nur von wenigen bestritten (7.), ist der gemeinschaftliche Zweck das die Organteile einigende Band. Hiezu kommt, daß sie als diesem Zweck dienend von dem Organismus anerkannt sein müssen. Soweit den Anhängern der Organtheorie diese Auffassung des Organischen vorschwebt, liegt die Identität der Organtheorie mit der Zweckanerkennungstheorie auf der Hand. Nur für die verschwindende Minderheit, welche das teleologische Moment aus dem Organbegriff ausgeschaltet wissen will (8.), fallen die beiden Theorien nicht zusammen. Soweit sich aber Organtheorie und Zweckanerkennungstheorie decken, verdient letztere den Vorzug. Einfacher und gründlicher ist es, die zwei Momente, die den Begriff des Organischen bilden, in die Definition der öffentlichen Körperschaft ohne Umschweif einzusetzen und dadurch Anhänger der Zweckanerkennungstheorie zu werden, als auf dem Umweg über den gefährlichen Begriff des Organismus zu dem gleichen Ziele zu kommen. Auf zwei Seiten eines Dreieckes zum dritten Punkt zu gelangen, ist umständlicher, als auf der dritten, geraden und darum kürzesten Seite (9.).

Besondere Schwierigkeiten macht der Organtheorie die Frage, ob die Kirche zum Organismus des Staates gehöre. Wie immer bei dieser Theorie, lautet die Antwort je nach dem Standpunkt des Beurteilers verschieden. Aber möglich, ja sogar wahrscheinlich ist eine so enge Fassung, daß die Kirche außerhalb des Begriffes der öffentlichrechtlichen Körperschaft liegt. Daß aber nach geltendem Recht der öffentlichrechtliche Charakter der Kirche so fest steht, daß eine Theorie allein durch ihre Unanwendbarkeit auf die Kirche zu Fall kommen kann, hat die Besprechung der Rosin'schen Lehre ergeben. Dieses Bedenken macht sich auch

in den Protokollen zum BGB. (10.) bemerkbar, nach denen die dem Staat oder der Kirche organisch eingefügten Körperschaften öffentlich sind. Von einer Gleichstellung der Kirche mit dem Staat kann bei der ganzen Tendenz des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht die Rede sein; es ist vielmehr lediglich ein Rechtsinstitut, die Kirche, das von dem organischen Begriff der öffentlichen Körperschaft nicht getroffen wurde, aufzählend angereiht. Damit ist aber die Unzulänglichkeit dieser Definition dargetan; denn zum Wesen jeder Begriffsbestimmung gehört, daß sie einerseits ausschließend, andererseits erschöpfend ist.

II. Die besonderen Zwecke sollen über den öffentlichen Charakter einer Körperschaft entscheiden.

§ 12.

Jede Körperschaft besteht, von dem formal-juristischen Erfordernis der eigenen Rechtspersönlichkeit abgesehen, aus einer durch die Gemeinschaftlichkeit ihres Zweckes verbundenen Personenmehrheit. Was der Mensch nur überhaupt an rechtlich Erlaubtem wollen kann, ist als gemeinschaftlicher Zweck denkbar. Dies ermöglicht eine Individualisierung der einzelnen Körperschaften, der Zweck gibt der Körperschaft ihren Charakter; die Scheidung nach Zwecken ist die einzige auf dem Wesen der Körperschaft beruhende Einteilung.

Auch der Unterschied zwischen privater und öffentlicher Körperschaft wird hierauf zurückgeführt. Die öffentliche Körperschaft soll öffentlichen, die private Körperschaft privaten Zwecken dienen (1.). Diese Definition bewegt sich zwar auf richtiger Bahn, genügt aber in ihrer Bescheidenheit den Anforderungen des komplizierten Lebens nicht, wie ja auch zur Scheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht die Verwertung des Zweckes allein nicht ausreicht (2.).

Alles Recht dient den Zwecken der Gesamtheit. Der Gesamtheit ist daran gelegen, daß der einzelne in seinen Rechten geschützt werde. Auf diesem Interesse der Gesamtheit beruht die Privatrechtsordnung, aus der die einzelnen wie die Gesamtheit

Vorteil ziehen. Andererseits können öffentlichrechtliche Vorschriften sehr wohl im Individualinteresse gegeben sein. Die Rechtssätze über Steuerfreiheit z. B. dienen sicherlich ausschließlich privaten Interessen, sind aber ebenso sicher öffentlichrechtlicher Natur.

Annehmbarer, aber auch nicht annehmbar, ist die Anschauung, daß beim privaten Recht in erster Linie das private, in zweiter Linie das öffentliche Interesse berücksichtigt werde, während es beim öffentlichen Recht umgekehrt sein soll (3.). Auch mit dieser Ansicht steht das geltende Recht nicht in Einklang. Mag z. B. die Lösung einer Ehe noch so sehr den privaten Interessen und Wünschen der Ehegatten entsprechen, sie ist aus Rücksicht auf die gesellschaftliche Ordnung nicht ohne weiteres, nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen gestattet. Daß aber die Rechtssätze über Ehescheidung privatrechtlicher Natur sind, wurde meines Wissens noch nicht bezweifelt. Wir haben es hier mit zwingenden Privatrechtsnormen zu tun, die wie viele andere zwingende Privatrechtsnormen (z. B. die Eigentumsbeschränkungen des BGB.) im Gegensatz zu den privaten Interessen stehen, ausschließlich denen der Gesamtheit dienen.

Wäre übrigens der privaten Berechtigung das Interesse des Berechtigten wesentlich, dann könnte jedes Privatrecht durch den Nachweis mangelnden Interesses entkräftet werden. Dies ist nicht der Fall. Wäre doch sonst das Schikaneverbot des BGB. nicht nur überflüssig, sondern sogar eine Rechts e r w e i t e r u n g statt, wie beabsichtigt, eine Rechts b e s c h r ä n k u n g. Denn es verbietet die Ausübung eines Rechtes nicht schon dann, wenn der Berechtigte kein Interesse an der Ausübung hat, sondern erst, wenn a u ß e r d e m der Betroffene ein Interesse an der Nichtausübung hat, weil ihm sonst ein Schaden erwachsen würde.

Ähnlich verhält es sich mit der öffentlichen Körperschaft. Es gibt eine Unzahl von gemeinnützigen, öffentlichen Zwecken dienenden Vereinen, die keineswegs zu öffentlichen Körperschaften erhoben sind. Die Tausende von Verschönerungsvereinen, Krankenvereinen, Armenvereinen, Jugendfürsorgevereinen dienen alle öffentlichen Zwecken. Wer ließe sich aber einfallen, sie dem

Kreis der öffentlichen Körperschaften einzureihen? Gemeinnützige Zwecke werden eben gerade so oft, vielleicht sogar noch öfter durch freie Privattätigkeit, als durch mittelbares oder unmittelbares Eingreifen des Staates erfüllt.

Wer sollte endlich nach dieser Theorie darüber zu urteilen berufen sein, ob eine Körperschaft öffentlichen Interessen dient oder nicht, eine Frage, die sich je nach dem Standpunkt des Beurteilers sehr verschieden beantwortet. Den einzelnen nach Belieben darüber entscheiden zu lassen, ist eine — auch den Intentionen dieser Theorie wohl nicht entsprechende — Unmöglichkeit. Sonst wäre ja der Kreis öffentlicher Körperschaften nicht nur nicht objektiv bestimmt, sondern nicht einmal objektiv bestimmbar. Wer das Urteil des Staates, gleichviel wie es sich äußert, für den Prüfstein hält, steht zwar auf festerem, aber immer noch auf unsicherem Boden. Wie oft wechselt die Stellungnahme des Staates, die in Wahrheit oft nichts anderes ist, als die persönliche Meinung der zurzeit leitenden Staatsmänner. Somit bleibt nur noch übrig, die Rechtsordnung über den öffentlichen Charakter entscheiden zu lassen. Damit hat man aber den Standpunkt der Zwecktheorie schon verlassen, um Anhänger der nunmehr zu besprechenden Ansicht zu werden.

Zweiter, konstruktiver Teil.

III. Zweckanerkennungstheorie.

1. Positive Begriffsbestimmung.

§ 13.

Der Zweck allein ist als Kriterium zu weit und unbestimmt, noch ein weiteres Erfordernis muß hinzutreten, die öffentliche Körperschaft muß von der Rechtsordnung als der Erfüllung öffentlicher Zwecke dienend anerkannt sein.

1. Die Beschränkung auf die vom Staate anerkannten Körperschaften (1.) ist, wie schon die früheren Ausführungen lehrten, durchaus erforderlich. Nur sie ermöglicht uns den Einwendungen vorzubeugen, die mit Recht gegen die Zwecktheorie erhoben wurden, nur sie schützt uns vor dem Hereinziehen der gemeinnützigen Vereinigungen, deren Existenz der Staat duldet, ja sogar fördert, die aber durch diese in keine rechtliche Erscheinung tretende Wertschätzung des Staates nicht zu öffentlichen Körperschaften werden. Eine tatsächliche, aber nicht rechtliche Anerkennung der Körperschaftszwecke, wie sie z. B. in der Sympathiebezeigung vonseiten des Landesherrn liegt, kommt für die juristische Behandlung nicht in Betracht.

2. Die Anerkennung durch den Staat muß vielmehr in ganz bestimmter Weise geschehen, sie muß ihren Niederschlag in der Rechtsordnung, im positiven Recht, gefunden haben (2.). Diese ist die einzige feste Grundlage, auf der fußend wir mit Sicherheit das Urteil des Staates über die Körperschaftszwecke ermitteln können, nur sie schließt subjektiv schwankende Ansichten aus und ermöglicht eine objektiv einheitliche Beurteilung. Die Art und Weise aber, wie diese Anerkennung in der Rechtsordnung ihren Ausdruck finden kann, ist sehr verschieden. Die ganze gesetzliche Regelung ist hiebei zu berücksichtigen, die

Betonung einzelner Momente als allein ausschlaggebend ist einseitig und in ihren Resultaten ungerecht. Es gibt eben kein Merkmal, bei dessen Vorhandensein immer, bei dessen Fehlen nimmer eine öffentliche Körperschaft vorliegt. Alle Versuche, ein solches Merkmal zu finden, sind, wie dargelegt, gescheitert und mußten scheitern, weil die verschiedenartigsten Rechtsgebilde unserer Kategorie einzureihen sind.

3. Die Körperschaft muß als öffentlichen Zwecken dienend anerkannt sein. Die Aufnahme dieses Erfordernisses in die Definition ist geboten, um dem ausschließlich formellen Kriterium der staatlichen Anerkenntnis einen materiellen Gehalt zu geben, um zum Ausdruck zu bringen, worauf sie sich überhaupt zu beziehen habe. Hiebei ist die Unterscheidung zwischen Staatszwecken und öffentlichen Zwecken belanglos; denn jeder öffentliche Zweck trägt in sich die Fähigkeit durch Anerkennung des Staates zum Staatszweck zu werden, insofern ist jeder öffentliche Zweck Staatszweck. Da nun aber aus der öffentlichen Natur der Körperschaft jederzeit die Erhebung ihrer Zwecke zu Staatszwecken gefolgert werden kann, ist die Frage, ob es sich bei ihr um die Erfüllung staatlicher oder bloß öffentlicher Zwecke handeln muß, ein müßiger Wortstreit.

Der oberste und einzige Leitsatz aller staatlichen Tätigkeit ist das Wohl der Gesamtheit. Der einzige Grund, der den Staat bestimmen kann, seine Beziehungen zu einer Körperschaft enger, intimer zu gestalten, kann die Annahme eines besonderen allgemeinen Interesses an der Erfüllung der körperschaftlichen Aufgaben sein. Ob ein solches Interesse dann wirklich besteht, ist eine zweite, untergeordnete Frage. Setzen wir ruhig in die Urteilskraft und den gesunden Selbsterhaltungstrieb des Staates das Vertrauen, daß er sehr wohl die öffentlichen Zwecke, die zugleich seine eigenen sind, richtig zu erkennen und von anderen zu scheiden versteht. Wenn es aber tatsächlich einmal vorkommen sollte, daß der Staat in Verkennung seiner Interessen eine Körperschaft als öffentlichen Zwecken dienend anerkennt, die in Wahrheit keine solchen vertritt, ist dies eine „Ungereimtheit, welche nur der Gesetzgeber, nicht die Rechtsauslegung zu beseitigen“ (3.)

hat und die Richtigkeit unserer Theorie nicht widerlegt. Es beruht dies lediglich auf einem falschen Urteil des Staates. Er macht nicht die Körperschaft zu einer öffentlichen, obwohl sie private Zwecke verfolgt, sondern, obwohl sie private Interessen verfolgt, hält er ihre Zwecke für öffentlich. Auch der Satz, daß der Prozeß Rechtsfeststellung zwischen den streitenden Parteien bezweckt, ist durch die Möglichkeit einer objektiv falschen Entscheidung nicht widerlegt.

Namentlich den Berufs- und Standeskorporationen — soweit sie öffentliche Körperschaften sind — läßt sich mit einem Schein von Recht vorwerfen, daß sie ohne Rücksichtnahme auf das öffentliche Interesse ihre privaten Zwecke durchzusetzen bemüht seien. Sollte dies der Fall sein, dann haben sie das staatliche Vertrauen mißbraucht, der Staat hat sich in den Folgen seiner Handlungsweise geirrt. Nicht damit sie ihre privaten Interessen mit größerem Nachdruck vertreten könnten, sondern aus Gründen allgemeiner Natur wurde ihnen ihre bevorzugte Stellung eingeräumt. Bei der Innung z. B. war der Anlaß das öffentliche Interesse an der Erhaltung und Schaffung eines tüchtigen, leistungsfähigen Mittelstandes, bei der Berufsgenossenschaft das allgemeine Interesse an der Fürsorge für verunglückte Arbeiter durch solvente Versicherungsträger und die Verminderung des Risikos für den einzelnen Unternehmer.

Schwerwiegender ist der gegen unsere Ansicht erhobene Einwand, daß die Verfolgung öffentlicher Zwecke nicht zur Definition der öffentlichen Körperschaft gehöre, lediglich der gesetzgeberische Grund für die besondere Regelung ihrer Verhältnisse sei (4.). Man hat die öffentlichen Zwecke als den ökonomischen Grund zum juristischen Merkmal in Gegensatz stellen wollen. Zweifellos ist die Besorgung öffentlicher Angelegenheiten durch die Körperschaft der Grund, weshalb der Staat ihr eine besondere rechtliche Behandlung angedeihen läßt, die sie zur Erfüllung ihrer Zwecke besonders geeignet machen soll. Damit muß aber dieses Moment keineswegs als für die juristische Definition unbrauchbar ausscheiden. Gesetzgeberischer Grund und juristisches Merkmal sind keine unvereinbaren Gegen-

sätze. Dies zeigt schon die Begriffsbestimmung der Körperschaft. Der Umstand, daß mehrere Personen zu einem gemeinschaftlichen Zweck verbunden sind, veranlaßt den Gesetzgeber, ihnen eine eigene Gesamtpersönlichkeit zu verleihen. Ersteres ist also legislatorischer Grund des letzteren, ist aber trotzdem in die Definition aufgenommen. Und mit vollem Recht. „Das Verhältnis des Rechts (im objektiven Sinne) zu dem Lebenszweck der Persönlichkeiten ist ein verschiedenes, je nachdem es sich um die Persönlichkeit des einzelnen Menschen oder der sich über ihm in größter Mannigfaltigkeit erhebenden Gesamteinheiten handelt. Denn während das Recht den Lebenszweck des einzelnen Menschen, ebenso wie seine natürliche Willenskraft als etwas durch die Natur Gegebenes hinnimmt und anerkennt, bildet der Zweck der Gemeinwesen, denen als menschlichen Einrichtungen die Beziehung auf den Menschen immanent ist, ebenso wie die Organisation ihres Willens nicht bloß M o t i v , sondern G e g e n s t a n d der rechtlichen Erfassung und Feststellung. Darnach ist der Zweck eines Gemeinwesens ein R e c h t s b e g r i f f und zwar nicht bloß e i n Element ihres Rechts, sondern dasjenige, welches ihr gesamtes rechtliches Wesen bestimmt und durchdringt“ (5.).

Wenn sich aber der Zweck zur Definition der juristischen Personen im allgemeinen eignet, was sollte uns dann hindern, dieses Moment auch zur Einteilung innerhalb der juristischen Personen heranzuziehen! (6.)

Indem man nun das formelle Kriterium der staatlichen Anerkennung mit dem materiellen der Verfolgung öffentlicher Zwecke in entsprechende Verbindung bringt, ist es möglich, Auslegungsregeln aufzustellen, die geeignet sind, uns die Beurteilung der Einzelerscheinungen zu erleichtern. Wenn auch vielleicht die Tatsache, nur Auslegungsregeln statt eines zweischneidigen Kriteriums gefunden zu haben, wenig befriedigt, so müssen wir uns doch angesichts unserer gegenwärtigen Rechtslage mit diesem Resultat, als dem einzig Erreichbaren, zufrieden geben. Solange nicht die Gesetzgebung nach e i n e m Kriterium bemißt, ob sie eine Körperschaft zur öffentlichrechtlichen macht, läßt sich auch für die Wissenschaft kein solches Merkmal finden. Selbst de lege

ferenda dürfte es kaum möglich sein, etwas anderes auszusprechen, als den allgemeinen Satz, daß einer Körperschaft bei besonderem allgemeinen Interesse an ihrer Tätigkeit öffentlicher Charakter verliehen werden soll.

2. Auslegungsregeln.

§ 14.

I. Die Zahl der öffentlichrechtlichen Körperschaften ist positiv, die der privatrechtlichen Körperschaften nur negativ bestimmbar. Jede Körperschaft ist im Zweifel — bis zum Beweis ihrer öffentlichen Natur — als Privatverein aufzufassen.

Dies zeigt neben anderen Gesetzesstellen unzweideutig der § 89 des BGB., der, wie eingangs erwähnt, die für Vereine gegebenen Vorschriften im allgemeinen auf Körperschaften öffentlichen Rechtes keine Anwendung finden läßt. Sonach ist also der Kreis der öffentlichen Körperschaften festzustellen und von der Gesamtheit der Körperschaften abzuziehen; als Rest ergeben sich dann die privatrechtlichen Körperschaften. Diese Methode entspricht dem unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes und führt uns allein zum Ziel (1.). Falsch wäre es dagegen, den Begriff der privaten Körperschaft zu ermitteln, um dann mittels Subtraktion die öffentliche Körperschaft zu finden (2.).

II. Bei der Besprechung der Theorien, welche bestimmte Mittel zur Erreichung der körperschaftlichen Zwecke über die Öffentlichkeit einer Körperschaft entscheiden lassen, wurde schon darauf hingewiesen, daß die dort angeführten Kriterien zwar nicht unmittelbar den öffentlichrechtlichen Charakter beweisen, daß sie aber, wenn sie ein besonderes Interesse des Staates an den Zielen der Körperschaft dartun, mittelbar als Beweis verwendet werden können. Sie sind Wirkungen der staatlichen Zweckanerkennung als gemeinsamer Ursache (3.). Inwieweit aus der Wirkung auf die Ursache, aus dem Vorhandensein dieser einzelnen Momente auf die staatliche Zweckanerkennung geschlossen werden darf, soll jetzt zusammenfassend dargestellt

werden. Hiebei ist jedoch zu beachten, daß das Fehlen des einen oder des anderen dieser Kriterien niemals den Mangel staatlicher Anerkennung beweist. Denn wenn ein Beweismittel versagt, hat dies nicht zur Folge, daß die Tatsache als widerlegt gilt, sondern nur, daß sie nicht bewiesen ist, sich also noch in der Schwebe befindet.

1. Beitrittsrecht und Beitrittszwang.

Auf ein gewisses Interesse des Staates an den körperschaftlichen Zwecken läßt es immerhin schließen, wenn der Staat jedem ermöglicht, sich an der Verfolgung dieser Zwecke zu beteiligen oder gewisse Personen sogar hiezu durch Zwang anhält. Aber diese Momente sind, wenn sie nicht durch anderes noch gestützt werden, nicht unbedingt geeignet, eine genügende Intimität zwischen Staat und Körperschaft darzutun. Dies kann hinsichtlich des Beitrittsrechts mit aller Sicherheit, in vereinzelten Fällen aber auch vom Beitrittszwang, der natürlich bedeutend beweiskräftiger ist, behauptet werden (4.). Zum Beitritt zu den Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften des Gesetzes vom 20. Mai 1898 ist z. B. jedermann berechtigt; dennoch sind dies keine öffentlichen Genossenschaften, weil außer der Revision nur dieses Moment für ihren öffentlichen Charakter spricht, während die übrige gesetzliche Regelung streng privatrechtliches Gepräge trägt.

Auch hier steht dem Beitrittszwang der Gründungszwang und die Entstehung kraft Gesetzes gleich. Beides beweist gewöhnlich den öffentlichen Charakter, aber nicht unbedingt. So entsteht z. B., wenn mehrere Personen gemeinsam ein Bergwerk betreiben, kraft Gesetzes eine mit eigener Persönlichkeit (5.) ausgestattete Gewerkschaft (6.), aus deren Gesamtcharakter sich aber ergibt, daß sie trotzdem nicht für eine öffentliche Körperschaft zu halten ist.

2. Privileg und Aufsicht.

Schon bei der Besprechung dieser Theorie wurde erwähnt, daß die Tatsache der Privilegierung und Beaufsichtigung gar nichts bedeute, daß lediglich deren Inhalt zur Beurteilung

herangezogen werden könne. An schwerwiegenden Privilegien, die zwar nicht allein, wohl aber in Verbindung mit anderen Beweisen für den öffentlichen Charakter bestimmend sind, kommen vor allem in Betracht: die manchmal besonders betonte Verwaltungsexekution (7.), der Ausschluß des Rechtsweges bei Streitigkeiten der Körperschaft mit ihren Mitgliedern, die Behandlung ihrer Angestellten als öffentliche Beamten, die Gewährung von Staatsmitteln zur Unterstützung der Körperschaft, endlich, namentlich bei der Kirche, der weltliche Arm, die Berücksichtigung ihrer Feiertage in der Rechtsordnung, die Öffentlichkeit ihres Kultus und die Erteilung theologischen Unterrichtes an den staatlichen Universitäten.

Die Verleihung juristischer Persönlichkeit ist nach geltendem Recht völlig belanglos. Nach A.P.L.R. und Gemeinem Recht war sie zwar ein gewisser Beweis dafür, daß der Staat die Unternehmung für gemeinnützig hielt (8.), aber zur Begründung öffentlichrechtlichen Charakters bei weitem nicht genügend (9.).

Das besondere Aufsichtsrecht kann, wie schon ausgeführt, verschiedenen Charakter tragen. Es kann lediglich ein Äquivalent der Privilegien bilden, für uns kommen dann nur diese in Betracht, oder es kann die Leistungsfähigkeit der Körperschaft zu sichern bestimmt sein, was gewöhnlich den öffentlichrechtlichen Charakter dieser Körperschaft beweisen wird.

3. Ähnlich verhält es sich auch mit der Rosin'schen Zweckerfüllungspflicht. Diese wird wohl in den meisten Fällen ein hinreichendes Interesse des Staates an den Aufgaben der Körperschaft kundtun, um deren Subsumption unter den Begriff der öffentlichen Körperschaft zu rechtfertigen. Doch gibt es immerhin, wie schon erwähnt, privatrechtliche Körperschaften mit Zweckerfüllungspflicht und öffentliche Korporationen ohne eine solche.

4. Die Übertragung obrigkeitlicher Gewalt auf eine Körperschaft spricht zwar für deren öffentlichrechtliche Natur, ob sie aber schon allein ausreicht oder ob noch andere Momente hinzukommen müssen, hängt von der engeren oder weiteren Fassung dieses Begriffes ab.

5. Von einer Einfügung in den staatlichen Organismus wird immer (10.), vielleicht auch nur dann die Rede sein können, wenn bei einer Körperschaft die Kriterien der Zweckanerkennungstheorie verwirklicht sind. Sie ist uns kein selbständiges Beweismittel, sondern nur eine Zusammenfassung der schon besprochenen Einzelpunkte unter einem Sammelnamen.

Schluß.

Unzweckmässigkeit des Begriffes.

Bornhak.

§ 15.

Der Begriff der öffentlichen Korporation ist in der Literatur und vor allem in der Gesetzgebung eingebürgert. Man muß sich also mit ihm auseinandersetzen, darf sich nicht über ihn hinwegsetzen. Rechtspolitisch ist es uns freilich gestattet, nach der Zweckmäßigkeit dieses Begriffes zu fragen und hierbei Bornhaks Ansicht (1.) zu streifen, die folgerichtig zu dessen Verwerfung führen muß (2.).

Es soll nämlich darauf ankommen, ob die Körperschaft in einem bestimmten Fall vom Staat zur Erfüllung seiner Zwecke verwendet wird oder nicht. Soweit dies geschieht, soll sie öffentlichrechtlich, soweit dies nicht geschieht, privatrechtlich sein. Mit anderen Worten: es gibt keine Körperschaft, die als solche öffentlich- oder privatrechtlich wäre, so daß die erstere ganz dem öffentlichen Recht, die letztere ganz dem Privatrecht angehören würde (3.), sondern es gibt nur eine über dieser Scheidung stehende Körperschaft, die teils Träger privater, teils öffentlicher Rechte und Pflichten ist. Da Bornhak hierin m. E. beizustimmen ist, ist die Scheidung in öffentliche und private Körperschaften nicht nur ungenau und deshalb unglücklich, sondern sogar unrichtig. Richtig wäre es, die einzelnen Rechte und Pflichten der

Körperschaft je nach ihrem Inhalt in öffentlichrechtliche und privatrechtliche zu scheiden.

Als Vorbild für diesen Vorschlag dient uns die physische Person, die ja auch nicht in eine öffentlichrechtliche und eine privatrechtliche Persönlichkeit zergliedert wird, sondern als Einheit Träger von beiderlei Rechten und Pflichten ist.

Als eine Art Zwitterbildung erscheint uns der Staat, der als Träger privater Rechte, im Gegensatz zu seiner öffentlichrechtlichen Stellung, Fiskus heißt. Daß aber beide eine Einheit, daß beide bloß verschiedene Seiten desselben Rechtssubjektes sind, dürfte durch die Verdienste der germanistischen Schule (4.) für immer in der Wissenschaft festgelegt sein. Sollten diesen Entwicklungsgang nicht auch die anderen öffentlichen Körperschaften durchmachen, so daß man eine öffentlichrechtliche und eine privatrechtliche Seite derselben Körperschaft unterschiede, ohne diesen gefährlichen Dualismus in den Körperschaftsbegriff selbst hineinzutragen? Doch gehören solche Erwägungen der Zukunft an, nicht der Gegenwart.

Anmerkungen zu § 1.

1. Vergleiche die Anhänger von Tierberechtigungen oder wenigstens Verpflichtungen. Insbesondere:
   Jakob Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, Bd. II S. 242 Anm.
   Osenbrüggen, Studien zur deutschen und schweizerischen Rechtsgeschichte, S. 139—149.
   H. Brunner, Über absichtslose Missetat im alten deutschen Strafrecht, Sitzungsbericht der Berliner Akademie (1890) XXXVIII S. 834 ff.
   Gierke, Humor im deutschen Recht, S. 16 ff. u. S. 61.
   Dagegen:
   v. Amira, Tierstrafen und Tierprozesse. In den Mitteilungen des Institutes für österreichische Geschichtsforschung, Bd. XII mit m. E. überzeugenden Gründen.
2. Nach der freilich ebenfalls bestrittenen Theorie vom Zweckvermögen.
3. Über Begriff und Wesen der juristischen Personen. Vergl. neuestens: Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, Leipzig 1907.
4. Rosin, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, Freiburg 1886, S. 40 ff.
5. z. B. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II § 55.
6. v. Jacubezky, Nach Becher Materialien zum A.-G. des BGB. IV/V. Band I S. 893.
   Oertmann, Bayerisches Landesprivatrecht, S. 109.
   Meurer, Bayerisches Kirchenvermögensrecht, Bd. II S. 79 ff.
   Entscheidung des bayerischen Verwaltungsgerichtshofes vom 12. I. 1900. Offizielle Sammlung, Jahrg. 1900 S. 61.
7. v. Jacubezky, a. unter 6. a. O. S. 894.
   Staudinger, Kommentar zum BGB. Vorbemerkungen vor § 21.
   Meurer a. u. 6. a. O. II. S. 87.

Anmerkungen zu § 2.

1. E.-G. zum BGB. Art. 85, 91, 101 und 138.
2. BGB. § 89.
3. Hölder, Kommentar zum BGB. Anmerkung zu § 89.
4. Parisius-Crüger, Kommentar zum Reichsgesetz, die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften betreffend, vom 20. V. 1898, 3. Aufl. S. 139.
5. R.St.P.O. § 75.

6. In bejahendem Sinne z. B. R.G. (Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen), Bd. XXI S. 46; ferner die Entscheidung des Reichsgerichts vom 11. Juli 1898 (R.G. Bd. 42, S. 359), welche infolgedessen auch § 70, 3 des G.V.G. auf diese Leistungen Anwendung finden läßt.
7. z. B. § 436, 1047 BGB.
8. E.G. BGB. Art. 77 und A.G. BGB. Art. 60.
9. § 839 BGB.
10. E.G. BGB. Art. 92 und A.G. BGB. Art. 11, ferner z. B. § 353 R.St.G.B.

Anmerkungen zu § 3.

1. Reichsverfassung Art. IV.
2. § 753 Z.P.O.
3. Dies scheint auch Loewenfeld in Staudingers Kommentar zum BGB. Bd. I, Vorbemerkungen zu Abschnitt I Titel II („Juristische Personen") IV. A, 2. zu meinen, wenn er sagt, daß „eine und dieselbe Kategorie juristischer Personen in dem einen Rechtsgebiet als juristische Person des öffentlichen Rechts, in einem anderen als juristische Person des Privatrechts" gelten könne. Zutreffend:
   Oertmann, Bayerisches Landesprivatrecht, S. 106, und
   — Kommentar zum BGB., Allgemeiner Teil, § 89 Anm. 1 f. 3. Das unseren Vorwurf unter § 89 Anm. 1 ausführlich und trefflich behandelnde Buch konnte, da es nach Fertigstellung der Arbeit erschien, leider nicht mehr gebührend berücksichtigt werden.
4. Meurer, Die juristischen Personen nach dem deutschen Reichsrecht, S. 330 ff.
   — Bayerisches Kirchenvermögensrecht, Bd. II S. 84, wenigstens für Stiftungen.

Anmerkungen zu § 4.

1. Rosin a. u. § 1, Anm. 4 a. O. S. 1—16.
2. § 22 BGB.
3. § 43 BGB.
4. § 29 BGB.
5. § 37, 2 BGB.
6. § 272 H.G.B.

Anmerkungen zu § 5.

1. Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. II S. 218 ff
   Bähr, Der Rechtsstaat, S. 42 ff., gegen ihn Regelsberger, Pandekten Bd. I § 80 Anm. 4.
   Eccius in seiner Bearbeitung des Förster'schen Lehrbuches des preußischen Privatrechts, Bd. IV, § 283.

Gierke, Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung. S. 167.

Friedberg, Evangelisches Verfassungsrecht, S. 34 ff.

Bornhak, Verwaltungsarchiv, Bd. VIII. S. 15.

2. Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. II S. 889, nennt alle Beziehungen zwischen einer Körperschaft und ihren Mitgliedern öffentlich-rechtlicher Natur. Richtig sagt:

Ihering, Zweck im Recht I S. 305, daß alles öffentliche Recht Vereinsrecht, aber nicht alles Vereinsrecht öffentliches Recht sei.

Zorn, Münchener kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 31 S. 407, verwirft diese Unterscheidung im Prinzip.

Anmerkungen zu § 6.

1. Ihering, Zweck im Recht, Bd. I S. 299 ff.
2. Rosin, a. u. § 1 Anm. 4 a. O. S. 5.

Loening, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, S. 271 Anm. 3.

Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 619.

3. Bayerisches Polizeistrafgesetzbuch vom 26. XII. 1871, Art. 144.
4. a. u. 1. a. O. Bd. I S. 299 ff.
5. z. B. Krankenversicherungsgesetz in der Fassung vom 10. IV. 1892 § 4, 2 und § 26a Ziff. 5. — Gewerbeunfallversicherungsgesetz in der Fassung vom 9. VII. 1900. § 5 Abs. 2 Satz 3 und Abs. 3
6. Ihering, a. u. 1. a. O. S. 300.
7. — a. a. O. S. 301.
8. Die von Ihering angeführten Institutionenstellen (1. I de loc. publ. 43, 7; 1. I § 6 de susp. tut. 26, 10; 1. 2, 1 de inut. stip. 3, 19) beweisen nur, daß publicus allen offen heißen kann, was ja auch nicht bestritten wird.
9. Heumann, Lexikon zu den Quellen des römischen Rechts s. v.
Klotz, Lateinisches Lexikon s. v.
Festus, de significatione verborum liber XIV s. v.
Forcellini, totius latinitatis Lexicon s. v.

Namentlich aber die von Ulpian stammende Legaldefinition: publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem. 1. I § 2 D. de iust. et iure 1, 1.

Anmerkungen zu § 7.

1. E. Mayer, Kritik zu Stengels Organisation der Verwaltung in der Münchner kritischen Vierteljahrsschrift; neue Folge, Bd. VII S. 591 ff.; vgl. aber auch ebendort Bd. XXVIII S. 455 ff., wo er zur Zweckanerkennungstheorie übergeht.

Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach bürgerlichem Recht. Bd. I (Das rechtswirksame Verhalten) S. 91 ff. Nach Eltzbacher

ist es nicht erforderlich, daß jemand gegen seinen Willen, es genügt, wenn jemand ohne seinen Willen Mitglied wird.

Zorn in Stengels Wörterbuch des Verwaltungsrechts unter „Religionsgesellschaften", und

— Lehrbuch des Kirchenrechts, S. 220 ff.

2. z. B. die freien Innungen und die Kirchen.

3. vgl. auch Hatschek, die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung, S. 97 ff.

4. Roth, Deutsches Privatrecht, Bd. I S. 410 ff.

5. Hölder, Pandekten, § 26.

— Kommentar zum BGB. Anmerkung zu § 89.

— Über das Wesen der juristischen Personen, S. 12.

Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts § 49 Nr. 1.

Dagegen: Meurer a. u. § 3 Anm. 4 a. O. S. 332 ff., ferner

Staudinger, Kommentar zum BGB. § 89.

— Vorträge aus dem Gebiete des BGB. für Verwaltungsbeamte, S. 147; endlich

Protokolle zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Ausgabe von Achilles I S. 586), welche für die Stiftung dieses Moment als in vielen Fällen brauchbar anführen, keineswegs aber als unbedingt zutreffendes Kriterium aufstellen.

5a. Dies gilt auch für die von Stintzing (Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 88 S. 411 Anm. 44) vertretene Ansicht, daß je nach der Person des Stifters eine Stiftung öffentlichrechtlich oder privatrechtlich sei.

6. Krankenversicherungsgesetz, § 60, 1. Als weiteres sehr zutreffendes Beispiel nennt Oertmann in seinem Kommentar zum BGB. (Allgemeiner Teil § 89 Anm. 1 d) die Universitäten.

7. Savigny, System des römischen Rechts, Bd. II § 86.

8. Zitelmann, Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Person, S. 95 ff., unterscheidet vier Gruppen: gewillkürte und natürlich-sittliche Verbände, Mischformen und die Kirche.

Anmerkungen zu § 8.

1. Bloß gegen dessen Verwertung als juristisches Kriterium ward Stellung genommen.

2. E. Mayer, a. u. § 7 Anm. 1 a. O. neue Folge, Bd. VII S. 591.

Richter-Dove, Kirchenrecht § 99.

R. v. Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. II S. 207.

Kahl, Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik, S. 330 ff.

Golther, Der Staat und die katholische Kirche im Königreich Württemberg, S. 19.

v. Schulte, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 4. Aufl., S. 72.

Spohn, Badisches Staatskirchenrecht (1868) S. 4.

3. Eccius-Förster, a. u. § 5 Anm. 1 a. O. § 283.
4. K. O. § 61 Ziff. 3.
5. Eccius-Förster, a. u. 3. a. O. § 283.
   Stengel, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, S. 113.
   Sartorius, Die staatliche Verwaltungsgerichtsbarkeit auf dem Gebiete des Kirchenrechts, S. 120.
6. Hinschius, Allgemeine Darstellung der Verhältnisse von Staat und Kirche in Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart I, 1, S. 250 ff.
7. Richter-Dove, a. u. Anm. 2 a. O. § 99.
8. A. u. Anm. 2 a. O. S. 330 ff.
9. A. u. Anm. 2 a. O. S. 72.
10. Dies kommt bei vielen Schriftstellern dadurch zum Ausdruck, daß sie beides nebeneinander als charakteristisch nennen; vgl. u. a. E. Mayer, a. u. Anm. 2 a. O. neue Folge VII, S. 591 ff.
11. § 83 Ziff. 3 u. 12 G.O.
12. G.O. § 94.
13. G.O. § 94a, 2.
14. Seydel, Gewerbepolizeirecht nach R.G.O. Annalen des Deutschen Reichs (1881) S. 601.
    Loening, a. u. § 6 Anm. 2 a. O. S. 392.
    E. Mayer, a. u. Anm. 2 a. O. neue Folge B VII S. 591 ff.
15. BGB. § 61, 2.
16. Auch Sohm, Das Verhältnis von Staat und Kirche, Zeitschrift für Kirchenrecht, Bd. XI S. 166 ff., führt Privilegien und Aufsicht auf den gleichen Grund, auf das Staatsinteresse an den Körperschaftszwecken zurück. Seine Bemerkung, daß die Staatsaufsicht gewissermaßen ein Privileg sei, charakterisiert treffend die zugunsten der Körperschaft gewährte Aufsicht, trifft aber auch nur für diese zu und zeigt so die Notwendigkeit der oben gemachten Unterscheidung.

Anmerkungen zu § 9.

1. Rosin, a. u. § 1 Anm. 4 a. O. S. 18.
2. — a. a. O. S. 22.
3. Rechtsrheinische Gemeinde-Ordnung vom 29. April 1869, Art. 84 ff., 130 ff. Pfälzische Gemeinde-Ordnung Art. 63 ff.
4. Seydel, Bayerisches Staatsrecht, Bd. III S. 57 (2. Aufl. Bd. II S. 30).
5. Wolff, Der Staat und die öffentlichrechtlichen Korporationen (Erl. Diss. 1897) S. 94.

   Hierauf beruht auch im wesentlichen die von Jellinek (a. u. § 10 Anm. 1 a. O. S. 587) und Hatschek (a. u. § 7 Anm. 3 a. O. S. 97 ff.) durchgeführte Scheidung in aktive und passive öffentlichrechtliche Verbände. Erstere sind nach Jellinek „Träger

öffentlicher Herrschaftsrechte und öffentlicher Pflichten". Letztere sind, „ohne Träger öffentlicher Herrschaftsrechte zu sein, vom Staat als integrierende Bestandteile seiner Organisation eingeordnet", ein Begriff, der von Tezner (a. u. § 10 Anm. 11 a. O. S. 92) mit Recht als zu farblos verworfen wurde. Eine ähnliche Unterscheidung deutet auch Gierke (Genossenschaftstheorie S. 171 Anm. 1) an. Diese Einteilung ist für uns belanglos, weil die passiven öffentlichrechtlichen Verbände mangels juristischer Persönlichkeit nicht hieher gehören.

6. Roesler, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. I § 88.
   Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. I S. 450.
   E. Mayer, Kritische Vierteljahrsschrift Jahrg. 28 S. 455 ff.
   Prazák, Archiv für öffentliches Recht, IV S. 262.
   Zorn, Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. XXXI S. 407.
   R. G. 42 S. 359.
7. Hatschek a. u. § 7 Anm. 3 a. O. S. 111.
8. Beilage II zur bayer. V.-U. § 50.
9. So Gierke a. u. § 6, 2 a. O. S. 621 Anm. 18.
   Regelsberger, Pandekten I § 80 Anm. 4.
   Friedberg, a. u. § 5 Anm. 1 a. O. S. 34 ff.
   G. Meyer, Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht XXXIII S. 129.
10. Beil. II zur bayer. V.-U. §§ 24, 28, 32 u. 44.
    Badisches Gesetz vom 9. Oktober 1860, die rechtliche Stellung der Kirchen betr. § 1 (Reg.-Bl. S. 375).
    Hessisches Gesetz vom 23. April 1875, die rechtliche Stellung der Kirchen und Religionsgemeinschaften betr. § 1 (Reg.-Bl. S. 247).
11. Außer den oben zu Anm. 9 Genannten Eccius-Förster a. u. § 5 Anm. 1 a. O. Bd. IV S. 701.
12. Kahl a. u. § 8 Anm. 2 a. O. S. 330 ff.
13. Haenel, Deutsches Staatsrecht in Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft V, 1. I. S. 135.
    Ähnlich Zitelmann, a. u. § 7 Anm. 8 a. O. S. 95.
13a. Vgl. auch Jellineks Ansicht, daß durch Rosins Merkmal die Körperschaft bloß „öffentliches Rechtsobjekt", nicht aber „öffentliches Rechtssubjekt" werde, was aber nicht ausschlaggebend sein könne. (System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 253.)
14. Vgl. Berggesetz vom 20. März 1869 Art. 63 u. 159.
15. Vgl. Bayerische Verordnung vom 20. Juni 1855 (R.-Bl. S. 653) § 10 Ziff. 1 Abs. 2 und
    Preußisches Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838 § 24 (Ges.-Bl. S. 509).
16. E. Mayer in Stengels Wörterbuch unter „Juristische Personen" vom Gesichtspunkt der Gemeinnützigkeit aus.
    — a. u. § 9 Anm. 6 a. O. S. 459.

17. A. P. L. R. Teil II, Titel 6 § 191.
18. K. O. § 61, 1 Ziff. 3 und Art. 173a u. 207a des alten H.G.B., eingefüg durch die sog. Aktiennovelle vom 18. Juli 1884.
Aus der Unannehmbarkeit der Resultate folgern die Unrichtig keit des Rosin'schen Satzes:
Jellinek, a. u. Anm. 13 a. O. S. 252 Anm. 1 und
Gierke, a. u. § 5, 1 a. O. S. 912 ff.

Anmerkungen zu § 10.

1. G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Bd. I S. 24
Hinschius, a. u. § 8 Anm. 6 a. O. S. 250 ff.
E. Mayer, a. u. § 7 Anm. 1 a. O. S. 591.
Loening, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, S. 394.
Jellinek, a. u. § 9 Anm. 13 a. O. S. 176 u. S. 252.
— Allgemeine Staatslehre (Recht des modernen Staates Bd. I) S. 353.
Sartorius, a. u. § 8 Anm. 5 a. O. S. 120.
R. G. 42 S. 359.
Mugdan u. Falkmann, Die Rechtssprechung der Oberlandes gerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts, Bd. X S. 45 (O.L.G Kassel).
2. Hinschius, a. u. § 8 Anm. 6 a. O. S. 261.
3. Friedberg, a. u. § 5 Anm. 1 a. O. S. 34 ff.; ebenso Rosin, Schmollers Jahrbuch VIII S. 230.
4. G.-O. § 81a Ziff. 4 und § 81b Ziff. 4.
5. Inv.-Vers.-Ges. vom 13. Juli 1899 § 112, 4 u. 5.
Gew.-Unf.-Vers.-Ges. vom 6. Juli 1884 u. 30. Juli 1900, § 69.
Unf.-Vers.-Ges. für Land- und Forstwirtschaft, § 75.
Bau-Unf.-Vers.-Ges., § 37.
See-Unf.-Vers.-Ges., § 74.
6. Beilage II d. bayer. V.-U. § 40 u. 51.
7. Friedberg, a. u. Anm. 3 a. O. S. 34 ff.
8. Staudinger, Kommentar zum BGB. Vorbemerkungen zum 1. Abschn. II. Titel („Juristische Personen") IV. A, 1.
9. Jellinek, a. u. § 9 Anm. 13 a. O. S. 252 ff.
10. Friedrich Tezner, Besprechung von Jellineks System subjektiver öffentlicher Rechte in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, Bd. XXI. Sep.-Abdr. S. 8.
11. Auch E. Mayer (Die Kirchenhoheitsrechte des Königs von Bayern S. 134 ff.) stellt der auf die „Ausübung staatlicher Hoheitsrechte" abgestellten „juristischen Definition" als den „politischen Charakter" der Verbände die Anerkennung der körperschaftlichen Zwecke durch den Staat zur Seite.

Anmerkungen zu § 11.

1. Vertreter dieser Organtheorie – wie wir sie der Kürze halber nennen wollen – sind:

Roesler, a. u. § 9 Anm. 6 a. O. Bd. I § 87.

Ducrocq, cours de droit administratif S. 396 für die établissements publics.

Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht in Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechtes I, 2 S. 95.

Meurer, a. u. § 3 Anm. 4 a. O. S. 333.

—a. u. § 1 Anm. 6 a. O. Bd. II S. 81.

Herrmann, Die Stellung der Religionsgemeinschaften im Staat, S. 9, 10, 35 ff.

Protokolle zum BGB. (Ausgabe von Achilles) I. S. 586 (für die öffentlichrechtlichen Stiftungen). Im Anschluß hieran

Oertmann, a. u. § 1 Anm. 6 a. O. S. 106 u. 110.

— Kommentar zum Allgem. Teil des BGB, § 89 Anm. 1 f.

Staudinger, Kommentar zum BGB. § 89 und

Bayerische Ausführungsgesetzgebung, die Erklärung des Regierungskommissärs v. Jacubezky in Bechers Materialien zum A.-G. des BGB. IV/V Bd. I S. 894 und die Gesetzbegründung a. a. O. Bd. II S. 77.

Bernatzik, Archiv für öffentliches Recht Bd. V S. 303 u. 306 erkennt die öffentlichen Zwecke der Körperschaft als Grund ihrer Organstellung an.

Tezner, a. u. § 10 Anm. 11 a. O. Sep.-Abdr. S. 92, erklärt die dem Staat organisch eingefügten Verbände als eine besondere Kategorie innerhalb der öffentlichen Körperschaften.

Schulze, (Das Staatsrecht des Königreichs Preußen in Marquardsen II, 2 S. 78) wird von Rosin wohl mit Unrecht hierher gerechnet. Die fragliche Stelle heißt: „Gemeinden sind ihrer juristischen Natur nach öffentlichrechtliche Körperschaften mit selbständiger Rechtssphäre, aber zugleich notwendige Glieder im Organismus des Staates."

2. Es sei nur an die ebenso alte als populäre organologische Erklärung des Staates erinnert, die schon der Fabel des Menenius Agrippa zugrunde liegt. Auch umgekehrt wird der Mensch mit dem Staate verglichen, z. B. Shakespeare Julius Caesar II, 1: „Und die Verfassung des Menschen, wie ein kleines Königreich, erleidet dann den Zustand der Empörung."

3. Zitelmann, a. u. § 7 Anm. 8 a. O. S. 79.

3a. Vgl. neuestens Oertmanns „relative Selbständigkeit" der Organisation. Kommentar zum Allgem. Teil des BGB. § 89 Anm. 1 f.

4. Rosin und Wolff siehe oben S. 32; Jellinek (vgl. oben § 9 Anm. 5) zählt sie zu den passiven öffentlichrechtlichen Körperschaften.
5. Jellinek a. u. § 9 Anm. 13 a. O. S. 176.
6. Jellinek a. u. § 9 Anm. 13 a. O. S. 253.,
— a. u. § 10 Anm. 1 a. O. S. 353; vgl. auch oben § 9 Anm. 13.
7. Vgl. die Literaturangabe bei Jellinek a. u. § 9 Anm. 13 a. O. S. 34.
8. z. B. Preuß, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften S. 79 ff. u. S. 153.
9. Die Organstellung betrachtet als Folge der staatlichen Zweckanerkennung: Stobbe, a. u. § 9 Anm. 6 a. O. Bd. I S. 450; Pfeifer, Lehre von den juristischen Personen S. 48; Urteil des O.L.G. Kassel vom 31. Oktober 1904 a. u. § 10 Anm. 1 a. O. Bd. X S. 45.
10. Protokolle zum BGB., a. u. § 11 Anm. 1 a. O. Bd. I S. 586. Dieses Bedenken vermag auch Oertmann (Kommentar zum Allgem. Teil des BGB. § 89 Anm. 1 f) nicht zu zerstreuen.

Anmerkungen zu § 12.

1. Otto Mayer, a. u. § 1 Anm. 5 a. O. Bd. II § 55.
E. Mayer, in Stengels Wörterbuch unter „Juristische Personen". Anders
E. Mayer, a. u. § 7 Anm. 1 a. O. S. 591 ff., wo er das Zweckmoment als ausschlaggebend leugnet.
Pözl, Bayerisches Verfassungsrecht S. 220.
Seydel, Gewerbepolizeirecht nach R.G.O. in den Annalen des Deutschen Reichs (herausgegeben von v. Eheberg und Dyroff) Jahrg. 1881 S. 601.
Ferner wenigstens andeutungsweise
Seydel, a. u. § 9 Anm. 4 a. O. Bd. III S. 38 u. 295, Bd. V S. 253 (2. Aufl. Bd. II S. 19 u. 167, Bd. III S. 144).
Haenel, a. u. § 9 Anm. 13 a. O. Bd. I S. 135 ff.
Ulbrich, Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrechtes S. 3. Beitrittszwang und Gründungszwang fordert er scheinbar nicht für alle öffentlichrechtlichen Körperschaften, sondern nur für die kurz zuvor genannten Gebiets- und Berufskörperschaften.
R.G. Bd. XV S. 236, Bd. XLII S. 359.
Entscheidung des Kammergerichtes a. u. § 10 Anm. 1 a. O. Bd. II S. 466.
2. U. a. Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe Bd. II S. 156.
Gierke, a. u. § 5 Anm. 2 a. O. Bd. II S. 133 u. 644.
Friedberg, a. u. § 5 Anm. 1 a. O. S. 34 ff.
Prazák, a. u. § 9 Anm. 6 a. O. S. 259 ff.
Tezner, a. u. § 10 Anm. 11 a. O. Sep.-Abdr. S. 92 u. 93.

Rehm, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht (Diss. d. Univ. München) München-Leipzig 1885, S. 145 ff.

Hölder, Natürliche und juristische Personen S. 123.

Vgl. dagegen auch § 4 Just. 1, 1 „publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet"; ferner 1, 1 § 2 Dig. I, 1.

3. Tezner, a. u. § 10 Anm. 11 a. O. Sep.-Abdr. S. 93.

Rehm, a. u. Anm. 2 a. O. S. 145.

Jellinek, a. u. § 9 Anm. 13 a. O. S. 49.

Erwähnt sei hier auch Eltzbachers interessanter Lösungsversuch in seinem Werk: „Die Handlungsfähigkeit nach Deutschem bürgerlichem Recht", Bd. I (das rechtswirksame Verhalten) S. 86 ff.

Anmerkungen zu § 13.

1. Regelsberger, a. u. § 9 Anm. 9 a. O. Bd. I § 80.

Stengel, a. u. § 8 Anm. 5 a. O. S. 113.

E. Mayer, Kritische Vierteljahrsschrift Bd. XXVIII S. 455 ff. unter Abänderung seiner in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. VII n. F. S. 591 ff. geäußerten Meinung.

Stengel, Die Organisation der preußischen Verwaltung § 2.

Ducrocq, a. u. § 11 Anm. 1 a. o. S. 396 für seine établissements d'utilité publique reconnus.

Friedberg, Kirchenrecht S. 103.

— a. u. § 5 Anm. 1 a. O. S. 34 ff.

Sohm, a. u. § 8 Anm. 16 a. O. S. 166 ff. Öffentlich ist „die um ihres Zweckes willen durch Rechtssätze dem Staat ethisch gleichwertig gesetzte Korporation."

Zeller, Staat und Kirche S. 66 ff.

Bluntschli, Staatswörterbuch unter „Körperschaft".

F. F. Mayer, Grundzüge des Verwaltungsrechts und Verwaltungsrechtsverfahrens S. 42 ff.

Dernburg, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes § 71 u. 72.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes Bd. I § 48.

Rehbein, Kommentar zum BGB. Vorbemerkungen vor § 21, I.

Staudinger, a. u. § 7 Anm. 5 a. O. S. 101 u. 147.

Gierke, Deutsches Privatrecht S. 619 ff. mit Genossenschaftstheorie S. 158.

Preuß, a. u. § 11 Anm. 8 a. O. S. 259 will, obwohl er Gierke zustimmt, die Zwecke nicht entscheiden lassen.

Tezner, a. u. § 10 Anm. 11 a. O. Sep.-Abdr. S. 91 hält den Zweck allein als Kriterium für ungenügend und verlangt „intensivere" Beziehungen zwischen Körperschaft und Staat. Hierin liegt eben die Zweckanerkennung.

2. Die besondere Betonung dieses Momentes verdanken wir neben Sohm (s. ob.) namentlich Sartorius a. u. § 8 Anm. 5 a. O. S. 121.
3. E. Mayer, Kritische Vierteljahrsschrift Bd. XXVIII S. 462.
4. E. Mayer, a. u. § 7 Anm. 1 a. O. n. F. Bd. VII S. 591 ff.; vgl. aber auch Bd. XXVIII S. 455 ff., sowie oben Anm. 1.
   Hinschius, a. u. § 8 Anm. 6 a. O. S. 250 ff.
   Richter-Dove, a. u. § 8 Anm. 2 a. O. § 99.
   Kahl, a. u. § 8 Anm. 2 a. O. S. 334.
   Jellinek, a. u. § 9 Anm. 13 a. O. S. 252 ff.
   Menzel, Das Recht der Arbeiterversicherung. Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, Bd. XVIII S. 308.
   Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. I S. 61 behauptet ganz allgemein: „Der Zweck, welchem ein Rechtsinstitut dient, liegt jenseits seines Begriffes." Gegen diesen Satz:
   Rehm, Allgemeine Staatslehre in Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechtes, S. 32.
5. Rosin, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung, eine Begriffsstudie in den Annalen des Deutschen Reiches von v. Eheberg u. Dyroff, Jahrg. 1883 S. 289.
6. So unterscheidet auch das BGB. in seinen §§ 21, 22 und 45, 3 die Vereine je nach ihren Zwecken in sogen. wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche und in egoistische und altruistische.

Anmerkungen zu § 14.

1. Staudinger, Kommentar zum BGB. Vorbemerkung zum I. Abschnitt II. Titel („Juristische Personen") IV. A, 4.
   — a. u. § 7 Anm. 5 a. O. S. 101 (für die Stiftungen).
   Seydel, Münchener Allgemeine Zeitung 1899 Nr. 57 (auch in Krazeisens „Neue Folge von M. v. Seydels staatsrechtlichen und politischen Abhandlungen", Tübingen-Leipzig 1902 abgedruckt) und Krais, Kritische Vierteljahrsschrift, 3. Folge Bd. VI S. 151.
2. Meurer, a. u. § 3 Anm. 4 a. O. S. 334 ebenfalls für die Stiftungen.
3. Stengel, a. u. § 13 Anm. 1 a. O. § 2.
   Sohm, a. u. § 8 Anm. 16 a. O. S. 166 ff.
   Entscheidungdes Kammergerichtes, a. u. § 10 Anm. 1 a. O. Bd. II S. 466.
4. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 162 ff. läßt den Beitrittszwang immer den öffentlichen Charakter einer Körperschaft beweisen. Ebenso Bornhak, Verwaltungsarchiv Bd. VIII. S. 15 und Oertmann, Kommentar zum Allg. Teil des BGB. § 89 Anm. 1, f, 3.
5. Berggesetz vom 20. März 1869 u. 20. Juli 1900 Art. 119 u. 120.

6. Bayerisches Berggesetz Art. 117, dem preußischen Gesetz entsprechend.
7. Eccius-Förster, a. u. § 5 Anm. 1 a. O. S. 283.
   Gierke, a. § 5 Anm. 1 a. O. S. 167.
   Stengel, a. u. § 8 Anm. 5 a. O. S. 113.
   Sartorius, a. u. § 8 Anm. 5 a. O. S. 120.
8. Allg. pr. L.-R. II. Teil 6. Titel § 25.
9. Gegen E. Mayer a. u. § 9 Anm. 16 a. O. unter „Juristische Personen". — a. u. § 9 Anm. 6 a. O. S. 455 ff.
10. Vgl. Gierke, a. u. § 5 Anm. 2 a. O. S. 891, und — a. u. § 5 Anm. 1 a. O. S. 167 in Verbindung mit Seite 158.

Anmerkungen zu § 15.

1. Bornhak, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt, Bd. XXXIX S. 217.
2. Richtig erkannt von O. Mayer, a. u. § 1 Anm. 5 a. O. Bd. II § 55.
3. Hölder (Kommentar zum BGB. zu § 89) weist mit Recht darauf hin, daß diese Meinung dem Gesetzgeber vorgeschwebt haben müsse, als er einzelne privatrechtliche Seiten der öffentlichen Körperschaft in dem BGB. regeln zu dürfen glaubte, ohne einen Kompetenzkonflikt mit dem öffentlichen Recht befürchten zu müssen.
4. Im Gegensatz zur romanistischen Literatur, die den Fiskus oft als vom Staat unabhängige eigene juristische Person betrachtet wissen wollte. Vgl. hiezu Bernatzik a. u. § 11 Anm. 1 a. O. S. 182 und die dort angeführten Autoren.